

Avgrensningen av den negative materielle rettskraften i straffeprosessen

Særlig sett i lys av storkammerdommen Zolotukhin mot Russland

Kandidatnummer: 748

Leveringsfrist: 25.04.2013

Antall ord: 17 812



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Presentasjon av tema og problemstillinger	1
1.2	Avhandlingens oppbygning og avgrensning	4
1.3	Temaets aktualitet.....	5
2	RETTLIG PLASSERING	6
2.1	Straffeprosessloven § 51 (1).....	6
2.2	Rettskraftens begrunnelse.....	9
3	AVGRENSNINGEN AV SAMME FORHOLD OG SAMME FAKTISKE HANDLING I ZOLOTUKHIN MOT RUSSLAND.....	11
3.1	Rettslig plassering.....	11
3.2	Faktum i Zolotukhin mot Russland	13
3.3	EMDs drøftelse av om den administrative forfølgningen sperret for den etterfølgende straffeforfølgningen	14
3.3.1	EMDs overordnede vurderingstema	14
3.3.2	Handlingsrekke bestående av flere likeartede, enkeltstående handlinger	16
3.3.3	Vurderingen av om fakta i begge forfølgninger var «identical or substantially the same»	18
3.3.4	Hvorfor anlegger EMD et nytt perspektiv ved avgrensningen av den negative materielle rettskraften?	22
3.4	Ytterligere avklaringer?	26
4	TIDLIGERE NORSK PRAKSIS I LYS AV ZOLOTUKHIN-DOMMEN	27
4.1	Presisering	27
4.2	Rettslig identitet.....	28
4.3	Faktisk identitet	28

4.3.1	Handlingsrekke-fortsatt forbrytelse	33
5	AVGRENSNINGEN AV SAMME FAKTISKE HANDLING I NORSK RETT ETTER ZOLOTUKHIN-DOMMEN	41
5.1	Innledning og det overordnede vurderingstemaet	41
5.2	Den nøyaktig samme handlingen forfølges to ganger	42
5.3	Tidsmomentet, stedsmomentet og de faktiske omstendighetene.....	43
5.4	Bevistema	45
5.5	Handlingsrekke-fortsatt forbrytelse	46
5.6	Oppsummering	47
5.7	Sammenfall i vurderingsnormen til EMD og norske domstoler?	48
5.8	Vern utover minstestandarden?	51
6	HVORDAN BØR SAMME FAKTISKE HANDLING AVGRENSSES DER GRENSEDRAGNINGEN HAR BETYDNING?	55
6.1	Noen innledende bemerkninger	55
6.2	Hvordan bør samme faktiske handling avgrenses i rettskraftsammenheng?.....	55
6.3	Hvordan bør samme faktiske handling avgrenses i andre relasjoner enn i rettskraftsammenheng?	60
6.3.1	Straffeprosessloven § 38	60
6.3.2	Straffeprosessloven § 254	62
6.4	Bør grensen være lik gjennom hele prosessen?	65
6.5	Oppsummering	66
7	EN SKJULT HARMONISERING?	67
8	LITTERATURLISTE	69
8.1	Lovgivning.....	69
8.2	Traktater og avtaler.....	69
8.3	Forarbeider.....	70
8.4	Bøker	71

8.5	Artikler.....	72
8.6	Dommer	73
8.7	Internasjonale dommer	75
8.8	Rundskriv.....	77

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstillinger

Temaet for denne avhandlingen er hvordan den negative materielle rettskraften avgrenses i straffeprosessloven¹ § 51. En tilsvarende regel om negativ materiell rettskraft finnes i Den europeiske menneskerettskonvensjonens tilleggsprotokoll 7 artikkel 4 om forbudet mot dobbeltforfølgning.² Konvensjonen og tilleggsprotokollen er inkorporert i menneskerettsloven og gjelder som norsk lov med forrang dersom det er motstrid med nasjonal lovgivning, jf. §§ 2 og 3. I 2009 avsa Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) dom i saken Zolotukhin mot Russland.³ Dommen inneholder en ny tolkning av hvordan den negative materielle rettskraften skal avgrenses. Tilleggsprotokollen og EMDs tolkninger av bestemmelsen får betydning for hvordan Norge avgrenser den negative materielle rettskraften, enten dette hjemles i TP7-4 eller i strpl. § 51.

Regelen om den negative materielle rettskraften blir i praksis formulert som et spørsmål om hva som skal anses som samme forhold eller samme handling. En annen formulering er identitetsspørsmålet eller identitetslæren. I den videre fremstillingen vil begrepene brukes vekselvis. Den negative materielle rettskraften kan avgrenses på ulike måter. Fokuset i denne avhandlingen vil være på forholdets *faktiske identitet*, herunder samme *faktiske handling*. Begrunnelsen vil fremgå i analysen av Zolotukhin-dommen.

¹ Heretter strpl.

² Heretter EMK og TP7-4. Protokoll 7 ble vedtatt av Ministerkomiteen i Europarådet 22. november 1984 og trådte i kraft 1. November 1988. Norge ratifiserte protokollen 25. oktober 1988 og den trådte i kraft for Norge fra 1. januar 1989.

³ Storkammerdom Zolotukhin mot Russland 10.02.09. Heretter Zolotukhin-dommen/saken/avgjørelsen.

Temaet reiser følgende problemstillinger:

- 1) Hvordan trekker EMD grensen for hva som er «samme faktiske handling» i Zolotukhin-dommen?
- 2) Hvordan avgrenses «samme faktiske handling» i norsk rett, herunder før og etter Zolotukhin-dommen? Avgrenses den likt i alle sammenhenger i dag?
- 3) Er den norske normen for hva som er «samme faktiske handling» videre enn det som følger av Zolotukhin-dommen?
- 4) Hvordan bør «samme faktiske handling» avgrenses i norsk straffeprosess? Skal grensen være lik gjennom hele prosessen?

Spørsmålet om hva som er samme forhold og samme faktiske handling har betydning flere steder i strafferetten og straffeprosessen. Innledningsvis vil pekes på enkelte områder hvor sontringen har betydning. I straffeprosessen melder identitetsspørsmålet seg i relasjon til domstolens kompetanse til å fravike tiltalebeslutningen, jf. strpl. § 38. Domstolen kan endre faktumbeskrivelsen i tiltalebeslutningen så fremt det ikke pådømmes et annet «forhold». Påtalemyndigheten er gitt kompetanse til å endre tiltalebeslutningen under hovedforhandlingen så lenge endringen ikke utgjør «andre straffbare forhold», jf. strpl. § 254 tredje ledd, jf. motsetningsvis andre ledd. Ved spørsmål til lagretten skal det stilles særskilt spørsmål om hvert straffbare «forhold», jf. strpl. § 364 (2).

I strafferetten melder identitetsspørsmålet seg i relasjon til reglene om konkurrens. Hvis det foreligger «flere forbrytelser» skal de bedømmes i realkonkurrens med en forhøyet strafferamme, jf. straffeloven⁴ §§ 62 og 63. Grensedragningen har også betydning for foreldelsesfristen. Fristen for foreldelse regnes fra den dag det «straffbare forhold» er opphørt, jf. strl. § 68. Sontringen har også betydning for norsk straffelovs virkeområde

⁴ Heretter strl.

etter strl. § 12. Dersom noen handlinger er begått i utlandet og noen i Norge, kan hele forholdet pådømmes i Norge dersom det er et «sammenhengende fortsatt forhold».⁵

Analysene i avhandlingen vil i omfattende grad basere seg på bestemmelser og praksis som reiser spørsmålet om hva som er samme faktiske handling i andre relasjoner enn strpl. § 51. For det første skyldes det at ordlyden og forarbeidene⁶ til strpl. § 51 ikke bidrar til en løsning av identitetsspørsmålet og rettspraksis i rettskraftsammenheng er begrenset. For det andre er grensedragningen utviklet i andre relasjoner i rettspraksis. Det ligger en forutsetning om at avgrensningen er lik blant bestemmelsene som reiser spørsmålet om hva som er samme faktiske handling.⁷ Den videre fremstillingen vil ta utgangspunkt i forutsetningen om en enhetlig grensedragning mellom strpl. § 51 og andre bestemmelser som reiser identitetsspørsmålet. Det er særlig andre straffeprosessuelle sammenhenger det vil være aktuelt å basere seg på siden spørsmålet om en felles identitetsnorm mellom strafferetten og straffeprosessen er omdiskutert. Underveis, men spesielt under oppgavens punkt 6, vil det reises spørsmål om avgrensningen av hva som er samme faktiske handling i strpl. § 51 bør være lik grensedragningen i andre relasjoner.

Det er hovedsakelig to typetilfeller som reiser spørsmål om forholdets faktiske identitet i rettskraftsammenheng. Det ene er når en person utsettes for to forfølgninger. Her må det foretas en vurdering av om begge forfølgelser baserer seg på den samme faktiske handlingen. Det andre typetilfellet oppstår der gjerningsmannen har begått flere faktiske handlinger. Hvis domstolen kun pådømmer noen av disse handlingene, kan det bli spørsmål om også handlinger som ikke ble pådømt, er rettskraftig avgjort. Det beror på om handlingene anses som en fortsatt forbrytelse. Det kan også være overlapping mellom typetilfellene.

⁵ Røstad (1993) s. 275.

⁶ Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffelovkomitéen, 1969 s. 166.

⁷ Utdypes i avhandlingens punkt 4.1.

1.2 Avhandlingens oppbygning og avgrensning

Først vil det gis en fremstilling av strpl. § 51 og hensynene bak bestemmelsen for å sette den negative materielle rettskraften i en større kontekst (punkt 2). Deretter vil det foretas en analyse av EMDs avgrensning i Zolotukhin-dommen i relasjon til tilleggsprotokollens regler om negativ materiell rettskraft (punkt 3). I forbindelse med analysen vil det reises spørsmål om tilleggsprotokollens straffebegrep har påvirket EMDs tolkning av den negative materielle rettskraften (punkt 3.3.4). Det vil så ses hen til den tradisjonelle norske avgrensningen av den negative materielle rettskraften. Det vil redegjøres for hvordan samme faktiske handling har blitt avgrenset og hvordan norske domstoler ville vurdert det straffbare forholdet i Zolotukhin-dommen (punkt 4). Fokuset vil deretter rette seg mot nyere tid for å vurdere om Zolotukhin-dommen har medført endringer i hvordan den negative materielle rettskraften og samme faktiske handling avgrenses i norsk rett i dag (punkt 5). I den sammenheng vil det også reises spørsmål om det bør gjelde en ulik avgrensningsnorm der forskjellige sanksjonsmyndigheter vil forfølge en handling (punkt 5.8). Dernest vil det foretas en rettspolitisk vurdering av hvordan samme faktiske handling bør avgrenses i straffeprosessuelle sammenhenger. Her vil andre konvensjoner og lands avgrensningsmodeller trekkes frem for å vurdere om disse gir en hensiktsmessig løsning (punkt 6). Avslutningsvis vil det reises spørsmål om EMDs nye tolkning av den negative materielle rettskraften innebærer en harmonisering av medlemsstatenes rettsregler som ikke ligger innenfor EMK og EMDs kompetanse (punkt 7).

Avhandlingen vil ikke behandle den norske ulovfestede litispensregelen. Det kan imidlertid nevnes at regelen styrker rettskraftvirkningene fordi den stenger for en ny sak, når det allerede verserer en sak for domstolen om samme forhold.

1.3 Temaets aktualitet

EMDs avgjørelse i Zolotukhin-dommen oppklarer en upresis rettsstilstand i relasjon til hvilke komponenter den negative materielle rettskraften skal avgrenses ut fra. Avgjørelsen reiser imidlertid nye problemstillinger for norsk rett. Kan «samme straffbare forhold» være sammenfallende blant bestemmelsene som knytter rettsvirkninger til skillet? Dette har vært lite drøftet i teori og praksis,⁸ og spørsmålet settes særlig på spissen etter denne avgjørelsen. Avgjørelsen reiser også spørsmål om Norges tosporede sanksjonssystem⁹ står i fare for å bli underkjent i praksis, i likhet med flere av Europarådets medlemsstater som opererer med et lignende system.

⁸ Frøberg (2008) TfR s. 468.

⁹ Med tosporet sanksjonssystem menes den kompetanse både forvaltningen og straffeapparatet har til å forfølge straffbare handlinger. En typisk forvaltningssanksjon er gebyr, tilleggsskatt og inndragning av førerkort. Slike sivile sanksjoner vil ofte ha et pønalt formål.

2 Rettslig plassering

2.1 Straffeprosessloven § 51 (1)

Straffeprosessloven § 51 (1) har følgende ordlyd: *«Reises ny sak om et krav som er avgjort ved rettskraftig dom, skal retten avvise saken av eget tiltak.»*

I utgangspunktet omfattes kun krav som behandles i straffeprosessuelle former av bestemmelsens virkeområde, jf. strpl. § 1. Bestemmelsen favner imidlertid videre fordi strpl. §§ 2 og 3 åpner for at krav som opprinnelig ikke er straff behandles i straffeprosessuelle former. Et eksempel er saker om overføring til tvungent psykisk helsevern. Forvaltningssanksjoner rammes i utgangspunktet ikke av bestemmelsens virkeområde fordi de ikke behandles i straffeprosessuelle former, jf. strpl. § 1. Bestemmelsen må imidlertid ses i sammenheng med TP7-4 som åpner for at visse forvaltningssanksjoner skal anses som straff. For norsk rett innebærer det at disse sanksjonene oppnår negativ materiell rettskraft på samme måte som saker som behandles i straffeprosessuelle former.

Begrepet rettskraft brukes i to forskjellige betydninger.¹⁰ Den «formelle rettskraft» er regulert i strpl. § 50 (1) og omhandler tidspunktet for når den «materielle rettskraften» inntreffer. Dommen er rettskraftig når de ordinære frister for bruk av rettsmidler er utløpt.¹¹ I dette ligger at partene må ha vedtatt dommen eller fristen for anke er utløpt, jf. strpl. § 50 (1) 1. pkt. Dersom dommen ankes, vil rettskraften inntreffe når saken er endelig avgjort i høyere instans, jf. strpl. § 50 (1) 2. pkt. Reglene gjelder tilsvarende for kjennelser og beslutninger, jf. strpl. § 52 (4) og § 53 (2). Hvis det er en forvaltningsrettslig forfølgning er *«den forvaltningsmessige klagefrist ... avgjørende»* for når vedtaket anses som endelig jf. Rt. 2010 s. 1121 avsnitt 47.

¹⁰ Hov (2010) Innføring II s. 851.

¹¹ Andenæs (2010) s. 450.

Den materielle rettskraften uttrykker dommens virkning i senere saker.¹² Spørsmålet som er avgjort ved en rettsavgjørelse kan ikke tas opp til prøvelse i ny sak ved samme eller annen domstol.¹³ Siktete skal beskyttes mot en ny tiltale for samme forhold eller en ny sak med påstand om strengere straff.¹⁴ Den materielle rettskraftfunksjonen består også av en objektiv og subjektiv grense. Den objektive grensen regulerer hvilket straffbart forhold (krav) som er avgjort og hva som er avgjort med hensyn til dette.¹⁵ Den subjektive grense angir hvem dommen er bindende for.¹⁶

Ordlyden i § 51 uttrykker at domstolen skal «avvise» en sak hvor kravet allerede er avgjort. Denne avvisningsfunksjonen betegnes som den negative rettskraftvirkningen.¹⁷ En doms positive rettskraftvirkning innebærer at avgjørelsen skal legges til grunn i andre saker mellom partene.¹⁸ I sivilprosessen kommer denne regelen til uttrykk i tvisteloven § 19-15 (2). Det er omdiskutert om straffedommer har positiv rettskraftvirkning. Det er alminnelig enighet om at straffedommer ikke har positiv rettskraftvirkning i en senere sivil sak.¹⁹ En årsak til dette er at beviskravet er forskjellig i sivil- og straffeprosessen.

Eckhoff²⁰ synes spørsmålet er noe tvilsomt hvor tiltalte er den samme i senere straffesak, men at de beste grunner taler for å ikke tillegge dommen positiv rettskraftvirkning. Hov²¹

¹² Hov (2010) Innføring II s. 851.

¹³ Andenæs (2010) s. 450.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Hov (2010) Innføring II s. 853. Robberstad (2006) s. 43.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Andenæs (2010) s. 450.

¹⁸ Hov (2010) Innføring II s. 852.

¹⁹ Eckhoff (1945) s. 327-330. Robberstad (2006) s. 274. Hov (2010) Rettergang II s. 1283. Andenæs (2010) s. 456.

²⁰ Eckhoff (1945) s. 322.

legger det samme til grunn, men uttaler at det bør gjøres en reservasjon der den senere saken gjelder inndragning som ikke skal regnes som straff. Forfatteren påpeker at dette bør gjelde særlig der den første saken ender med en frifinnelse.²² Andenæs²³ holder spørsmålet åpent i disse tilfellene, selv ved en frifinnende dom, men forfatterens øvrige drøftelse synes å trekke i retning av et benektende svar.

Hvorvidt straffedommer skal tillegges positiv rettskraft bør bero på om rettsikkerhetsgarantiene i EMK art. 6, herunder «fair trial»-kravet, blir tilfredsstillende ivarettatt. I kompliserte og alvorlige saker bør tiltalte få muligheten til å forsvare seg, da den senere saken kan inneholde elementer som ikke ble belyst i den første saken. Når den nye straffeloven av 2005 trer i kraft, er det vedtatt at strpl. § 51 annet ledd skal tilføyes en regel om positiv rettskraft for tidligere straffedommer i en senere inndragningssak.²⁴ I 1996 ble det fremsatt et lignende forslag, men dette ble forkastet.²⁵

Avslutningsvis kan det nevnes at rettskraftvirkningen ikke er til hinder for gjenåpning, jf. strpl. kapittel 27. Det er også regler om unnskyldelig forsinkelse som åpner for å tillate en anke som innkommer etter ankefristens utløp, jf. strpl. § 318.

²¹ Hov (2010) Rettergang II s. 1282. Motsatt Bjerke (2011) s. 179.

²² Hov (2010) Rettergang II s. 1282.

²³ Andenæs (2010) s. 458.

²⁴ Lov 19. juni 2009 nr. 74 om endringer i strl. 2005 nr. 106 § 412. Se også Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 360.

²⁵ NOU 1996:21 punkt 14.4. Ot.prpr.nr.8 (1998-99) s. 6-7 og 75-76.

2.2 Rettskraftens begrunnelse

Innledningsvis vil det være hensiktsmessig med en kort presentasjon av hensynene bak strpl. § 51. De har betydning for fastleggelsen av gjeldende rett.

Lovens ordlyd og forarbeider²⁶ er tause med hensyn til rettskraftens formål og hensynene som skal ivaretas ved regelen. Andenæs fremhever at hensynet bak rettskraftbestemmelsen er at «*enhver sak må ha en ende*».²⁷

Robberstad²⁸ uttaler at rettskraftregelens formål ved *fellende* dommer er begrunnet i belastningshensynet. Det vises til Rt. 2002 s. 557 hvor det fremgår at formålet med dobbeltforfølgning er å beskytte mot «*den belastning det er å bli utsatt for en ny straffeforfølgning*» for et forhold som man allerede er forfulgt for.²⁹ Avgjørelsen gjaldt EMK TP7-4, og det er ikke gitt at hensynet er sammenfallende med § 51.³⁰ Da strpl. § 51 skal tolkes i samsvar med TP7-4 er det gode argumenter for å begrunne rettskraftregelen med belastningshensynet. Et slikt syn støttes også av eldre juridisk litteratur som synes å legge til grunn at rettskraftens begrunnelse ligger i belastningshensynet.³¹ Belastningshensynet gjør seg, i motsetning til Robberstads uttalelser, også gjeldende ved frifinnende dommer.³² EMD har i forbindelse med TP7-4 uttalt at formålet med bestemmelsen er «*to prohibit the repetition of criminal proceedings that have been concluded by a final decision*».³³ Det avgjørende er at en gjentatt forfølgning ikke skal

²⁶ Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker 1969 s. 166.

²⁷ Andenæs (2010) s. 450 med videre henvisning til Hurwitz (1959) s. 545.

²⁸ Robberstad (2006) s. 265-266.

²⁹ Rt. 2002 s. 557 (s. 568).

³⁰ Likedan, Rui (2009) s. 141.

³¹ Hagerup (1905) s. 15, i relasjon til den tidligere ulovfestede regelen om negativ materiell rettskraft. Rui (2009) s. 142 med videre henvisning til Skeie I 1939 s. 137.

³² Likedan, Eckhoff (1945) s. 297. Rui (2009) s. 141.

³³ Gradinger mot Østerrike 23.10.95 avsnitt 53.

finne sted etter en endelig avgjørelse. Det vil da være uten betydning om den endelige avgjørelsen var en frifinnelse eller en domfellelse. Da Robberstad viser til en avgjørelse hvor nettopp TP7-4 behandles, kunne forfatteren etter min mening med fordel ha kommentert dette.

Reglene ivaretar også hensynet til prosessøkonomi og konsentrasjon av forfølgningene.³⁴ En prosess koster mindre enn flere prosesser og tar mindre tid. Flere rettsavgjørelser om samme forhold vil innebære et merarbeid for domstolene.³⁵

Hov³⁶ begrunner regelen med at den styrker sikkerheten og forutberegnelighet omkring rettslige forhold. Disse hensynene begrunner først og fremst rettskraftreglene i sivilprosessen, men vil også kunne slå ut i straffeprosessen, særlig forutberegnelighetshensynet. Et annet viktig hensyn er at den som har fått en avgjørelse mot seg skal kunne innrette seg i tillit til at dommen er riktig.³⁷

Belastningshensynet, forutberegnelighetshensynet og innrettelseshensynet må imidlertid avveies mot hensynet til en effektiv strafferettspleie. Rui³⁸ uttrykker at hensynet til en effektiv strafferettspleie taler mot en vid anvendelse av dobbeltforfølgningsforbudet. En effektiv strafferettspleie vil være i samsvar med forutsetningene i straffeloven. Hvis rettskraftinstituttet praktiseres svært omfattende vil handlinger som oppfattes som straffverdige unngå straff, noe som må anses som uheldig.

³⁴ Robberstad (2006) s. 266.

³⁵ Eckhoff (1945) s. 297.

³⁶ Hov (2010) Innføring II s. 854.

³⁷ Ibid.

³⁸ Rui (2009) s. 130-131.

3 Avgrensningen av samme forhold og samme faktiske handling i Zolotukhin mot Russland

3.1 Rettslig plassering

EMDs avgjørelse i Zolotukhin mot Russland gjaldt dobbeltforfølgningsforbudet i EMK TP7-4. Forbudets latinske navn «ne bis in idem» betyr «ikke to ganger for det samme».³⁹ EMK TP7-4 har en tilnærmet lik ordlyd som FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 14 nr. 7.⁴⁰ Den engelske versjonen av EMK TP7-4 første ledd lyder som følger:

«No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.»

Den norske, uoffisielle oversettelsen har følgende ordlyd:

«Ingen skal kunne bli stilt for retten eller straffet på ny i en straffesak under den samme stats domsmyndighet, for en straffbar handling som han allerede er blitt endelig frikjent eller domfelt for i samsvar med loven og rettergangsordningen i straffesaker i denne stat.»

³⁹ Robberstad (2006) s. 4. Rui (2009) s. 17 note 1.

⁴⁰ SP art 14 nr. 7 har ikke noe unntak fra forbudet for gjenopptagelse. I praksis forstås den imidlertid på samme måte som TP7-4, se Møse (2002) s. 393 med videre henvisninger. SP tillater, i motsetning til EMK, unntak fra forbudet i nødssituasjoner, SP art. 4 nr. 2 hvor art. 14 ikke listes opp. Se også Aall (2011) s. 460 note 4.

Ordlyden stiller krav om at flere vilkår må være oppfylt før saken avvises. Det må tas stilling til om den første forfølgning var av strafferettslig karakter jf. «penal procedure».⁴¹ Den første straffeforfølgningen må være rettskraftig avgjort jf. «finally acquitted or convicted». Dette innebærer at parallellforfølgning er tillatt.⁴² Formålet til bestemmelsen tilsier at også henleggelse, påtaleunntatelse og frafall av siktelse omfattes under frifinnelse.⁴³ Deretter må det vurderes om det foreligger en ny forfølgning jf. «tried or punished again». Den nye forfølgningen må gjelde det samme forholdet «offence» som straffeforfølgning nr. 1. Det er sistnevnte vilkår som er tema i det følgende. Det er verdt å merke seg at forbudet mot gjentatt forfølgning kun gjelder under den samme stats domsmyndighet. Dette innebærer at en stat kan straffeforfølge gjerningsmannen til tross for at vedkommende allerede er straffet for samme forhold i en annen stat. Begrensningen «under the jurisdiction of the same State», jf. TP7-4, fremgår ikke av ordlyden til straffeprosessloven § 51. Innebærer dette at den norske regelen om negativ materiell rettskraft også gjelder ved forfølgninger, frifinnelser eller domfellelser i utlandet?

Det finnes ingen regel som regulerer dette spørsmålet. Ut fra bestemmelsene i gjeldende straffelov §§ 12, 13, 60 og den nye straffeloven av 2005 § 84 (ikke trådt i kraft), har det formodningen mot seg at vi har en generell regel om negativ materiell rettskraft.⁴⁴ Bestemmelsene åpner blant annet for at norske domstolen kan trekke fra tiden gjerningspersonen har vært undergitt frihetsberøvelse i et annet land. Det er også adgang til å straffeforfølge handlinger begått i utlandet på nærmere vilkår, jf. strl. § 12. Det er imidlertid noen utenlandske avgjørelser som har negativ materiell rettskraft i norsk rett som følge av internasjonale samarbeidsavtaler, jf. strl. § 12 a nr. 1-3.

⁴¹ Skoghøy (2003) TfR s. 7.

⁴² R.T mot Sveits 30.05.00. Skoghøy (2003) TfR s. 25.

⁴³ Skoghøy (2003) TfR s. 19.

⁴⁴ Nederland og England tillegger utenlandske straffedommer rettskraftvirkning på generelt grunnlag, se Rui (2009) s. 21.

3.2 Faktum i Zolotukhin mot Russland

Dette er den første saken i storkammer hvor dobbeltforfølgningsforbudet behandles av EMD. Faktum i saken var at Sergey Zolotukhin hadde tatt med seg kjæresten sin til et militært område. Han ble oppdaget og innbrakt til en politistasjon for å avhøres om hvordan han hadde fått uvedkommende inn på området.

Episode 1 skjedde da Zolotukhin kjeftet og fremsatte trusler om vold mot to tjenestemenn på politistasjonen, Ms. Y og Kaptein S. Han dyttet også bort en av tjenestemennene og forsøkte å rømme fra stedet.

Episode 2 fant sted da Zolotukhin ble fremstilt for major K som skulle skrive rapport om ordensforstyrrelsen som hadde funnet sted under episode 1. Zolotukhin fortsatte med utskjellingen. Videre truet han majoren med vold.

Episode 3 skjedde under en biltransport. Da rapporten var ferdigskrevet, skulle Zolotukhin transporteres til en regional politistasjon sammen med major K. Zolotukhin fortsatte å skjelle ut major K. Zolotukhin fremsatte også drapstrusler mot major K.

Det oppgis ikke i avgjørelsen hvor lang tid som gikk mellom de ulike episodene, men det fremgår av sammenhengen at det var tale om korte tidsforskjeller. Zolotukhin ble dømt til tre dagers arrest for oppførselen hans under episode 1. Overtredelsen var en administrativ forseelse som rammet «minor disorderly acts» etter Code of Administrative Offences art. 158. Det faktiske grunnlaget for domfellelsen var Zolothukins munnbruk, herunder karakteristika av tjenestemennene, Ms. Y og Kaptein S. Grunnlaget omfattet også forstyrrelse av den offentlige orden da Zolotukhin ankom politistasjonen.⁴⁵ Trusselen om vold mot tjenestemennene var derimot ikke en del av grunnlaget.

⁴⁵ Rui (2009) TfS s. 243.

Da avgjørelsen om tre dagers arrest for episode 1 var blitt endelig, ble Zolotukhin utsatt for straffeforfølgning og tiltalt for tre forhold. *Det første tiltalepunktet* gjaldt munnbruken overfor tjenestemennene på politistasjonen, trussel om voldsbruk og dytting av en tjenestemann (episode 1). Russisk straffelov art. 213 ble anført å ramme handlingene da bestemmelsen hjemlet et forbud mot «Disorderly acts».⁴⁶ *Det andre tiltalepunktet* gjaldt handlingene overfor Major K på kontoret hans (episode 2). Disse ble anført å rammes av straffelovens art. 319 som inneholdt et forbud mot fornærmelse av offentlig tjenestemann. *Det tredje tiltalepunktet* gjaldt drapstrusselen mot Major K under bilturen jf. russisk straffelov art. 318. Bestemmelsen rammet trusler mot offentlig tjenestemann (episode 3).

3.3 EMDs drøftelse av om den administrative forfølgningen sperret for den etterfølgende straffeforfølgningen

3.3.1 EMDs overordnede vurderingstema

Hovedproblemstillingen i saken var innholdet i begrepet «offence», herunder samme forhold, jf. TP7-4. EMD konkluderte med at kravet til rettslig identitet ikke lenger kunne være et avgrensningskriterium ved spørsmålet om to forfølgninger angår samme forhold. Domstolen uttalte følgende:

*«Accordingly, the Court takes the view that Article 4 of Protocol No. 7 must be understood as prohibiting the prosecution or trial of a second «offence» in so far as it arises from **identical facts or facts which are substantially the same** (min uthevelse).»*⁴⁷

⁴⁶ Zolotukhin-dommen avsnitt 29 hvor bestemmelsen gjengis.

⁴⁷ Avsnitt 82.

EMD fraviker enstemmig og uten forbehold den rettstilstanden som hadde vært praktisert de siste årene.⁴⁸ Tradisjonelt har EMD og norske domstoler lagt til grunn at samme forhold skal avgrenses ut fra to komponenter, en faktisk og en rettslig. Den faktiske identiteten tok utgangspunkt i de faktiske sidene ved tiltaltes handlemåte og hvorvidt to forfølgninger fokuserte på «the same conduct», herunder samme faktiske handling. Den rettslige siden fokuserte på straffebudene som ble brukt i de ulike forfølgningene. Dersom det var vesensforskjeller mellom bestemmelsene, kunne det tilsi at to forfølgninger ikke gjaldt det samme forholdet. Zolotukhin-dommen avviser enhver bruk av rettslig identitet. Det overordnede vurderingstemaet ved tolkningen av «offence» er hvorvidt de fakta som ligger til grunn for forfølgning nummer 2, er identiske eller i det vesentlige de samme som forfølgning nummer 1. EMD la vekt på flere momenter:

«The Court's inquiry should therefore focus on those facts which constitute a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space, the existence of which must be demonstrated in order to secure a conviction or institute criminal proceedings (mine uthevelser).»⁴⁹

Dersom de faktiske omstendighetene i begge forfølgninger involverer den samme siktede og er uløselig knyttet sammen i tid og sted, vil det tale sterkt i retning av at det foreligger faktisk identitet. Begge forfølgninger vil da knytte seg til den samme faktiske handlingen.

Tolkningen innebærer en fravikelse av ordlyden «offence» i TP7-4. «Offence» er ikke det samme eller synonymt med «act», «conduct» eller «fact» da det best kan oversettes med lovbrudd.⁵⁰ EMD ser bort fra dette fordi en restriktiv tilnærming til ordlyden i TP7-4 ikke kan stå i veien for et praktisk og effektivt vern av konvensjonsrettighetene.⁵¹ At EMD går

⁴⁸ Oliveira mot Sveits 30.07.98. Fischer mot Østerrike 29.05.01.

⁴⁹ Avsnitt 84.

⁵⁰ Rui (2009) LoR s. 290.

⁵¹ Avsnitt 80.

utover ordlyden er imidlertid ikke noe nytt ved domstolens tolkningsmetode. Domstolens tillegger formålsbetraktninger⁵² betydelig vekt ved tolkningen av konvensjonsrettighetene og muligens større vekt enn det som følger av Wienkonvensjonen om traktatretten art. 31.⁵³

3.3.2 Handlingsrekke bestående av flere likeartede, enkeltstående handlinger

Spørsmålet om forholdets faktiske identitet kan oppstå i noen typetilfeller hvorav det ene er om flere likeartede, enkeltstående handlinger med mindre endringer i tid, sted og andre omstendigheter er én faktisk handling og således det samme straffbare forholdet. Spørsmålet for EMD ble dermed om Zolotukhins opptreden ved de tre enkeltepisodene var én eller flere faktiske handlinger.

EMD konkluderte med at det var tale om tre ulike faktiske handlinger. Domstolen slo fast at:

*«...there was no **temporal or spatial unity** between the three episodes. It follows that although in essence the applicant's **conduct was substantially similar** during the entire day of 4 January 2002 – in that he continued being verbally abusive towards various officials – it was not a **continuous act** but rather different manifestations of the same conduct shown on a number of distinct occasions ... (mine uthevelser)».*⁵⁴

Ordlyden «unity» indikerer at handlingene må vurderes opp mot hverandre og at tids- og stedsmessige forskjeller vil frata handlingene preget av å være en enhet. Det er nærliggende å legge til grunn at forskjellen i tid og sted fratok handlingene kontinuitet «not a continuous

⁵² Wemhoff mot Tyskland 27.06.68 avsnitt 8. Golder mot Storbritannia 21.02.75 avsnitt 36.

⁵³ Wienkonvensjonen 23. mai 1969. Likedan, Skoghøy (2011) LoR s. 513.

⁵⁴ Zolotukhin-saken avsnitt 92.

act». Noen generelle uttalelser om hvilket avvik i tid og sted som aksepteres før det er tale om samme faktiske handling, uttaler EMD seg imidlertid ikke om.

Holmboe og Jahre uttaler at domstolens tolkninger innebærer at de «*relevante faktiske omstendighetene [må] være uløselig knyttet sammen i tid og rom*» dersom det er tale om et hendelsesforløp.⁵⁵ Rui uttaler at relevante momenter er om det er «*tidsmessig eller stedsmessig sammenheng mellom handlingene*».⁵⁶ Noen generelle uttalelser om hvilket avvik som aksepteres oppklares heller ikke i den juridiske teori.

EMDs konkrete avgrensning gir imidlertid grunn til å konstatere at en handlingsrekke sjeldent vil anses som én faktisk handling. Det fremgår av sammenhengen at det er tale om små forskjeller med hensyn til tid og sted mellom utskjellingen/dytting av tjenestemennene, munnbruken på kontoret til Major K og utskjellingen/voldstrusselen mot Major K under bilturen. Videre var det andre likheter mellom handlingene. Zolotukhins oppførsel var blant annet vesentlig lik gjennom hele dagen. Dette indikerer at EMDs avgrensning av samme faktiske handling gjøres snevert.

På den andre siden var ulike fornærmede ofre for Zolotukhins handlemåte. EMD nevner ikke om de har lagt vekt på dette. Domstolen har tidligere lagt vekt på antall fornærmede i avvisningsavgjørelsen Asci mot Østerrike.⁵⁷ Tiltalte hadde skjelt ut to tjenestemenn og utøvet noe vold. På tross av svært små avvik med hensyn til tid og sted mellom handlingene, kom EMD til at det forelå to ulike faktiske handlinger. Begrunnelsen var at hendelsene involverte ulike fornærmede og handlingene hadde ulik alvorlighetsgrad. Det er grunn til å tro at EMD har lagt vekt på dette i Zolotukhin-dommen. Major K var imidlertid det samme offeret ved episode 2 og 3. Dette tilsier at EMDs avgrensning av samme faktiske handling gjøres snevert, særlig med hensyn til episode 2 og 3. Det er også

⁵⁵ Holmboe (2011) LoR s. 204.

⁵⁶ Rui (2009) LoR s. 292.

⁵⁷ Asci mot Østerrike 19.10.06.

oppfatningen i litteraturen.⁵⁸ Ved en snever avgrensning vil selv mindre avvik medføre at det blir tale om ulike faktiske handlinger.

Det er nærliggende å legge til grunn at EMD i Zolotukhin-dommen har lagt vekt på avgrensningen i Asci mot Østerrike,⁵⁹ Kantner mot Østerrike⁶⁰ og kammerdommen i Zolotukhin-saken fra 2007.⁶¹ Helhetsinntrykket av de nevnte avgjørelsene er at avgrensningen av hva som er samme faktiske handling gjøres snevert.

Konsekvensen av at EMD anså episodene for å utgjøre tre ulike handlinger, var at kun episode 1 (utskjelling/dytting av tjenestemennene) aktualiserte spørsmålet om det forelå gjentatt straffeforfølgelse. Det var kun episode 1 Zolotukhin ble ilagt en administrativ sanksjon for. Episode 2 og 3 ble dermed ansett forfulgt for første gang ved straffeforfølgelsen.

3.3.3 Vurderingen av om fakta i begge forfølgninger var «identical or substantially the same»

Et annet typetilfelle ved spørsmålet om forholdets faktiske identitet er om to forfølgninger fokuserer på den samme faktiske handlingen. EMD måtte dermed vurdere om den strafferettslige forfølgningen av episode 1 bygde på «*identical facts or facts which are substantially the same*»⁶² som den administrative forfølgningen. EMD uttalte at utgangspunktet for denne vurderingen er en sammenligning av den faktiske beskrivelsen av forholdene i den forutgående avgjørelsen⁶³ og «*the list of charges levelled against the*

⁵⁸ Rui (2009) LoR s. 292.

⁵⁹ Asci mot Østerrike 19.10.06.

⁶⁰ Kantner mot Østerrike, som trekker en snevre grense ved bruk av tidsmomentet. Åtte fartsbøter for åtte fartsovertredelser i løpet ca. 15 minutter ble ansett som åtte ulike handlinger.

⁶¹ Zolotukhin mot Russland 07.06.07 avsnitt 32.

⁶² Avsnitt 82.

⁶³ Avsnitt 83. Rui (2009) LoR s. 290.

applicant in the new proceedings».⁶⁴ Siden EMD kom til at de tre episodene ikke var én faktisk handling, var det i utgangspunktet ikke noe å sammenligne vedrørende episode 2 og 3.

Avgjørelsens premisser og konklusjon bør imidlertid underkastes en nærmere tolkning. Det kan være slik at begrunnelsen i en forutgående forvaltningssanksjon (eller domspremissene hvor det er en straffeprosessuell avgjørelse) tar standpunkt til noe mer. Det kunne for eksempel vært slik at faktum i den administrative avgjørelsen mot Zolotukhin tok stilling til eller beskrev handlingene i episode 2 og 3 som en del av grunnlaget for sanksjonen av episode 1. Formålet bak dobbeltforfølgningsforbudet, «*to prohibit the repetition of criminal proceedings that have been concluded by a final decision*»,⁶⁵ tilsier at også forhåndsvarslet etter forvaltningsloven § 16 eller tiltalen i en straffeprosessuell forfølgning undersøkes. Det kan tenkes at noen punkter er frafalt eller henlagt.⁶⁶ EMD går ikke inn på dette og ut fra faktum er spørsmålet ikke problematisk. Siden TP7-4 skal forhindre en gjentatt forfølgning, vil det imidlertid være av betydning å kartlegge hva sanksjonsmyndigheten rent faktisk vurderte i en forutgående forfølgning. Det er kun da forbudet mot gjentatt forfølgning i tilstrekkelig grad ivaretas.

Sammenligningsgrunnlaget førte til at EMD konkluderte med at faktum i den administrative forfølgningen av episode 1, var omfattet av faktumbeskrivelsen i den strafferettslige tiltalen av episode 1. Begge forfølgninger bygde derfor på den samme faktiske handlingen. EMD uttalte at:

«... *the Court finds that the criminal charge under Article 213 § 2 (b) embraced the facts of the offence under Article 158 of the Code of Administrative Offences in their entirety and that, conversely, the offence of «minor disorderly» acts did **not***

⁶⁴ Avsnitt 83.

⁶⁵ Gradinger mot Østerrike 23.10.95 avsnitt 53.

⁶⁶ Rui (2009) LoR s. 290.

contain any elements not contained in the offence of «disorderly acts»(min uthevelse).»⁶⁷

Domstolene ser ut til å sammenligne bevistemaene i den første og andre forfølgningen.⁶⁸ Bevistema kan defineres som det faktum som har vært tema i to forfølgninger.⁶⁹ Til tross for at straffesaken inneholdt et nytt bevistema, herunder trusselen om vold mot tjenestemennene, konkluderte domstolen med at det forelå en ny forfølgning som baserte seg på fakta som var «*substantially the same*».⁷⁰

EMDs bruk av bevistema som avgrensningskriterium ved vurderingen av om forfølgningene angikk samme faktum, er interessant. *For det første* ble det brukt ettersom at forfølgningene lå innenfor samme tidsrom og var rettet mot den samme siktede.⁷¹ Domstolen fant det altså nødvendig å anvende et nytt moment som ikke ble nevnt blant vurderingsmomentene. I enkelte tilfeller kan momentet også brukes som en sikkerhetsventil der de andre momentene taler for at det er en ulik handling (selv om det ikke var tilfellet her). Likheter i bevisføring kan tilsi at man står overfor den samme faktiske handlingen. Ofte vil det imidlertid være en nær sammenheng mellom de andre momentene og bevisføringen. Forskjeller med hensyn til tid og sted, vil ofte medføre endringer i bevistemaet.

For det andre ser det ut til at bevistema anvendes som moment fordi begge forfølgningene konsentrerte seg om den nøyaktig samme handlingen. I slike tilfeller vil hverken tids- eller stedsmomentet bidra til en oppklaring da det er det samme faktumet som danner grunnlaget

⁶⁷ Avsnitt 97.

⁶⁸ Rui (2009) LoR s. 293.

⁶⁹ Rui (2009) s. 358.

⁷⁰ Avsnitt 97.

⁷¹ Avsnitt 94.

for begge forfølgninger. Bevistema vil da kunne bidra til å illustrere likheter eller forskjeller på forfølgningene ved å fokusere på bevisføringen i de ulike sakene.

For det tredje kan det se ut til at EMD tillater større avvik med hensyn til bevistemaet enn det tilfellet er med tids- og stedsmomentet. I vurderingen av de tre episodene skulle det kun små avvik til med hensyn til tid og sted, før det var tale om en annen faktisk handling. Domstolen hadde i dette tilfellet anledning til å konkludere med at det var tale om et annet faktisk forhold. Straffeforfølgningen inneholdt nemlig en bevisføring om trussel om vold og således et lite avvik fra forfølgning nr. 1 hvor denne trusselen ikke var en del av grunnlaget.

Det kan reises spørsmål om EMDs bruk av bevistema utgjør noen forskjell fra bruken av rettslig identitet som avgrensningskriterium. Det er en del likheter mellom en avgrensning av den negative materielle rettskraft basert på en sammenligning av bevistemaet og en avgrensning basert på rettslig identitet.⁷² Hvis en annen bestemmelse blir brukt i forfølgning nr. 2, vil denne ofte inneholde elementer som bestemmelsen i den første forfølgningen ikke inneholdt. Den bevismessige situasjonen blir da at forfølgning nr. 2 fokuserer på andre aspekter ved handlingen som ikke skiller seg i nevneverdig grad fra første forfølgning. Forskjellene får likevel den konsekvens at man står overfor en annen faktisk handling.

Da rettslig identitet var et avgrensningskriterium, var spørsmålet om bestemmelsene «*differed in their essential elements*».⁷³ Det ble blant annet lagt vekt på om gjerningsinnholdet i bestemmelsene var vesensforskjellige,⁷⁴ bestemmelsenes plassering og hvilket formål bestemmelsene skulle verne.⁷⁵

⁷² Rui (2009) LoR s. 293.

⁷³ Rt. 2002 s. 557. Stadfestet i Fischer mot Østerrike 29.05.01.

⁷⁴ Rt. 2002 s. 497 s. 507, Rt. 2002 s. 557 s. 567, Rt. 2004 s. 1368.

⁷⁵ Rt. 2003 s. 1100, Rt. 2004. 927, Rt. 2004 s. 1368.

Alle disse momentene tilsier at det skal mye til før en kan konkludere med at det foreligger rettslig identitet. Det er grunn til å tro at også EMD er av den oppfatning ettersom at de forlot kravet til rettslig identitet. En sammenligning basert på bevistema fordrer ikke like mange vanskeligheter og hindre. Det er grunn til å tro at en avgrensning basert på bevistema gir en videre avgrensning.⁷⁶ Det er også grunn til å tro at EMD åpner for et større avvik i bevisføring enn det tilfellet er med tids- og stedsmomentet fordi domstolen er oppmerksom på hvilke konsekvenser ulike bestemmelser kan medføre for bevistemaet i to forfølgninger.

Kjernen i Zolotukhin og dens avgrensning av hva som er samme faktiske handling, er hvorvidt forfølgningene springer ut av identiske fakta eller vesentlig identiske fakta. Dette beror på om det er en sammenheng i tid, sted, faktiske omstendigheter og hvorvidt gjerningsmannen er den samme. Bevisføringen i forfølgningene vil også være relevant. Hvis det er tale om en handlingsrekke, må det foreligge tids- og stedsmessig sammenheng og de fornærmede må være de samme før hendelsesforløpet utgjør én faktisk handling.

3.3.4 Hvorfor anlegger EMD et nytt perspektiv ved avgrensningen av den negative materielle rettskraften?

3.3.4.1 Effektivt vern

Den nye tolkningen er begrunnet med behovet for et praktisk og effektivt vern av enkeltindividenes rettigheter etter tilleggsprotokollen. En avgrensning uten rettslig identitet gir en videre avgrensning og således et bedre vern. Det forhindrer at rettighetene blir teoretiske eller illusoriske.⁷⁷ Et typisk trekk ved EMDs tolkningsstil er at den er dynamisk

⁷⁶ Likedan, Rui (2009) LoR s. 294.

⁷⁷ Avsnitt 80.

og at innholdet i konvensjonsrettighetene stadfestes i takt med samfunnsutviklingen. Det skyldes at EMK ikke har et lovgivende organ som kan utvikle konvensjonsrettighetene.

3.3.4.2 Straffebegrepet

Den nye tolkningen av begrepet «offence» må også ses i sammenheng med EMDs forståelse og tolkning av de andre vilkårene i tilleggsprotokollen. Tilleggsprotokollen kommer kun til anvendelse dersom forfølgning nummer 1 er truffet i samsvar med «penal procedure of that State» jf. TP7-4. Ordlyden «penal procedure of the State» indikerer at forfølgning nummer 1 må være en straffeprosessuell sanksjon.⁷⁸ Det er med andre ord tale om avgjørelser som gjelder «straff». Det samme gjelder forfølgning nummer 2 jf. ordlyden «tried or punished again in criminal proceedings». I 2002 kom EMD til at visse forvaltningsreaksjoner på nærmere vilkår skulle anses som «straff».⁷⁹ Innholdet i tilleggsprotokollens straffebegrep har tidligere og de senere årene vært gjenstand for omfattende praksis og debatt.

Tradisjonelt har man ved tolkningen av straffebegrepet i TP7-4 sett hen til straffebegrepet i EMK art. 6 og de såkalte Engelkriteriene.⁸⁰ I Nilsson mot Sverige, Mjelde mot Norge og Storbråten mot Norge ble det tilført nye kriterier til straffebegrepet i TP7-4.⁸¹ Vurderingen skulle nå også inngå i en sammensatt helhetsvurdering, i motsetning til de alternative

⁷⁸ Skoghøy (2003) TfR s. 7.

⁷⁹ Göktan mot Frankrike 02.07.02.

⁸⁰ Engel and Others mot Nederland 08.06.76. Det skal ses hen til den nasjonale klassifikasjonen av sanksjonen, normens karakter, sanksjonens innhold og alvor, avsnitt 82-83. Se grundig redegjørelse, Rui (2009) s. 153-155 som viser til at en enhetlig tolkning har støtte i juridisk teori, selv om spørsmålet var noe omdiskutert, se side 155 note 661.

⁸¹ Nilsson mot Sverige 13.12.05. Mjelde mot Norge 01.02.07 (heretter Mjelde). Storbråten mot Norge 01.02.07 (heretter Storbråten). De «utvidede kriteriene» legger vekt på den nasjonale rettslige karakteristikken av tiltaket, om tiltaket er ilagt etter domfellelse for et straffbart forhold, og den prosess som ligger til grunn for sanksjonsileggelsen.

Engelkriteriene jf. «*a wider range of criteria*».⁸² En tolkning av straffebegrepet med utgangspunkt i de utvidede kriteriene, gir en snevrere avgrensning av straffebegrepet. Det skal mer til før tiltaket anses som «straff».

Det er uavklart hvilke forvaltnings- og disiplinærreaksjoner som nå omfattes av tilleggsprotokollens straffebegrep og som dermed er gitt et vern mot dobbeltforfølgning. EMD har ikke uttrykkelig fraveket de utvidede kriteriene i senere tid. En nærliggende tolkning av Zolotukhin-dommen, er at kravet til rettslig identitet som avgrensningskriterium kunne forlates fordi straffebegrepet i tilleggsprotokollen er snevret inn. Det har formodningen mot seg at EMD i en og samme sak legger til grunn at TP7-4 har det samme vide anvendelsesområdet som straffebegrepet i EMK art. 6 og samtidig utvider tolkningen av den negative materielle rettskraften.⁸³ Det er imidlertid uklart om EMD anser straffebegrepene for å være sammenfallende. I senere saker i relasjon til tilleggsprotokollens straffebegrep, har EMD kun anvendt de tradisjonelle Engelkriteriene.⁸⁴ Det samme var tilfellet i Zolotukhin-dommen. En manglende påpekning om forholdet mellom straffebegrepene innebærer nødvendigvis ikke at tolkningen i Mjelde og Storbråten er forlatt. Straffebegrepet var heller ikke omstridt i Zolotukhin-dommen da den administrative forfølgningen kunne resultere i en arrest. Det faller klart inn under de tradisjonelle Engelkriteriene.

I norsk rett er det derimot foretatt en avklaring vedrørende straffebegrepenes sammenfall. I Rt. 2010 s. 1121 tolket Høyesterett Zolotukhin-avgjørelsen som at EMD nå hadde gått tilbake til sitt tradisjonelle straffebegrep.⁸⁵

⁸² Mjelde mot Norge 01.02.07 avsnitt «THE LAW. B. The Court's assessment».

⁸³ Likedan, Rui (2009) LoR s. 287.

⁸⁴ Synnelius and Edsbergs Taxi AB and mot Sverige 17.06.08. Carlsberg mot Sverige 27.01.09. Ruotsalainen mot Finland 16.06.09. Maresti mot Kroatia 25.06.09.

⁸⁵ Avsnitt 41.

Dommen var enstemmig og har blitt fulgt opp i senere praksis.⁸⁶ Høyesterettsavgjørelser har betydelig vekt som rettskildefaktor og deres tolkning må legges til grunn for norsk retts vedkommende. Dette gjelder særlig her hvor tolkningen ikke innebærer en innskrenkning av konvensjonsrettighetene, men et utvidet vern fordi straffebegrepet etter Engelkriteriene er videre. Høyesteretts selvstendige tolkning av konvensjonsrettighetene representerer både fordeler og ulemper. På den ene siden er det formålstjenlig at Høyesterett selv bidrar til en oppklaring av hvordan konvensjonen skal forstås når det er uklarheter omkring dette. Det er i tråd med de uttalelsene Høyesterett tidligere har fremsatt om at norske domstoler ved anvendelsen av reglene i EMK skal «foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen».⁸⁷ På den andre siden er det EMD som har til oppgave å utvikle konvensjonen.⁸⁸ En tolkning som er for dynamisk vil kunne legge unødvendige bånd på norsk lovgivningsmyndighet.⁸⁹ I praksis innebærer Høyesteretts tolkning at det tosporede sanksjonssystemet i Norge blir vanskelig å praktisere. Med et vidt straffebegrep og en vid avgrensning av den negative materielle rettskraften, vil en sanksjonsmyndighet i stor grad få problemer med å forfølge en handling etter en tidligere sanksjonsmyndighets forfølgelse. Det bør derfor utvises varsomhet med hensyn til å utlede presise regler fra EMDs domspremisser. Anførlene som er fremsatt, de konkrete forholdene i det enkelte land og det konkrete saksforholdet EMD har oppe til avgjørelse, vil være styrende for hvilke drøftelser domstolen foretar og konklusjoner som trekkes.

3.3.4.3 Tosporede sanksjonssystemer

Når det gjelder EMDs snevre avgrensning av hva som er samme faktiske handlingen, kan det ha sin årsak i den utstrakte bruken av tosporede sanksjonssystemer blant medlemslandene i Europarådet. Når EMD forlater kravet til rettslig identitet og samtidig

⁸⁶ Rt. 2012 s. 921 avsnitt 19. Rt. 2012 s. 1051 avsnitt 34.

⁸⁷ Rt. 2000 s. 996 s.1007 (Bøhlerdommen). Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45 (Uskyldspresumsjonen).

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Rt. 2000 s. 996 s. 1007-1008.

åpner for en vid avgrensning av hva som er samme faktiske handling, vil det kunne få vidtrekkende konsekvenser for medlemsstatenes praktisering av sanksjoner og lovgivning. Uten en snever avgrensning av hva som er samme faktiske handling, vil det i praksis innebære en underkjennelse av adgangen til å forfølge straffbare handlinger i to sanksjonsspor.

3.4 Ytterligere avklaringer?

Det er vanskelig å ha en klar formening om hvorvidt Zolotukhin-dommen kan anses som en endelig avklaring på en vaklende praksis. Det uavklarte forholdet mellom konvensjonens straffebegreper, og den snevre avgrensningen av hva som utgjør samme faktiske handling, tilsier at ytterligere avklaringer vil komme. Når det gjelder avgrensningen av den negative materielle rettskraften, er det mulig en oppklaring ikke finner sted før det har gått en stund eller det anses tvingende nødvendig. Domstolen har uttalt at «...*the Court should not depart, without good reason, from precedents laid down in previous cases...*».⁹⁰ EMD tillegger sin egen praksis tungtveiende vekt. Det er også et poeng at Zolotukhin-dommen er avsagt i storkammer, herunder domstolens øverste organ.

⁹⁰ Vilho Eskelinen and Others mot Finland 19.04.07. Zoloukhin-dommen avsnitt 78.

4 Tidligere norsk praksis i lys av Zolotukhin-dommen

4.1 Presisering

Ordlyden og forarbeidene⁹¹ til strpl. § 51 bidrar ikke til en oppklaring av hvordan den negative materielle rettskraften avgrenses. Avgrensningen av samme forhold har vært utviklet på andre områder enn i rettskraftsammenheng. Tradisjonelt har man lagt til grunn at avgrensningen av samme forhold er sammenfallende mellom de bestemmelsene som knytter rettsvirkninger til skillet i straffeprosessen.⁹² Det har imidlertid vært noen avvikende oppfatninger til dette, men disse synes å knytte seg til hvorvidt avgrensningskomponenten rettslig identitet er sammenfallende blant bestemmelsene.⁹³

Spørsmålet er mer omdiskutert når det gjelder hvorvidt det gjelder en enhetlig grensedragning mellom straffeprosessen og strafferetten. Det er imidlertid flere avgjørelser som viser at domstolen benytter seg av momenter fra strafferetten ved avgrensningen av hva som utgjør samme faktiske handling i straffeprosessuelle sammenhenger.⁹⁴ Det er imidlertid ikke gitt at grensedragningen alltid vil være lik.⁹⁵

Det ligger således en forutsetning om at grensedragningen er lik blant bestemmelsene som reiser identitetsspørsmålet. Som følge av dette vil fremstilling basere seg på bestemmelser

⁹¹ Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffelovkomitéen, 1969 s. 166.

⁹² Røstad (1993) s. 274 note 3. Andenæs (2004) s. 367. Øyen (2005) JV s. 233. Frøberg (2008) TfR s. 468. Rui (2009) s. 413. Det synes som om forfatterne legger til grunn at «samme forhold» tolkes enhetlig i straffeprosessuelle sammenhenger.

⁹³ Bjerke (2001) II s. 924 og Bjerke (2011) II s. 952-953, hvor det fremgår at samme forhold ikke kan bety nøyaktig det samme i strpl. §§ 38 og 254. Likedan, Matningsdal (2002) JV s. 100 note 16.

⁹⁴ Rt. 1998 s. 1414 (straffeprosess) og Rt. 2002 s. 917 (strafferetten), her er vurderingstemaene likt oppstilt. Andenæs (2004) s. 367 og Øyen (2005) JV s. 233 mener det i praksis er sammenfall mellom strafferetten og straffeprosessen. Frøberg (2008) TfR s. 501 og 505 mener Høyesterett bygger på en stilltiende forutsetning om identitet, men at det kanskje ikke bør være slik i alle sammenhenger.

⁹⁵ Røstad (1993) s. 274 note 3 og Rui (2009) s. 417-418. Se også Rt. 1986 s. 260.

og praksis i andre straffeprosessuelle sammenhenger ved fastleggelsen av identitetsnormen. Den tilsvarende avgrensningen i strafferettslige sammenhenger vil også trekkes frem, men i mye mindre grad.

4.2 Rettslig identitet

I kjennelsen inntatt i Rt. 1980 s. 360 ble kravet til rettslig identitet stadfestet. Til tross for at det eksisterte noen oppfatninger om at rettslig identitet var et avgrensningskriterium i eldre praksis og litteratur,⁹⁶ er det nærliggende å tolke kjennelsen som en stadfestelse jf. «*Det spørsmål jeg nå har drøftet, er ikke tidligere direkte besvart i rettspraksis.*»⁹⁷

Dette innebærer at senere avgjørelser som bygger på denne kjennelsen ikke vil være relevante ved grensedragningen i den grad de avviker fra Zolotukhin-dommen. Disse avgjørelsene vil derimot være av relevans ved grensedragningen i strpl. § 38 ettersom at kravet til rettslig identitet fortsatt gjelder her, jf. Rt. 2011 s. 172.

I Rt. 2003 s. 394, Rt. 2004 s. 1368 og Rt. 2006 s. 862 kom Høyesterett til at det forelå faktisk identitet, men på grunn av ulikheter i rettslig identitet var det ikke tale om samme straffbare forholdet. Etter Zolotukhin-dommen kan dette vanskelig opprettholdes.

4.3 Faktisk identitet

Selv om avgrensningen av samme faktiske handling har blitt ansett for å være sammenfallende i straffeprosessen, vil strpl. § 38 trekkes spesielt frem ved gjennomgangen av tidligere rett. Ordlyden i § 38 er veiledende og praksis er omfattende i relasjon til denne bestemmelsen. Den enhetlige grensedragningen og den nære relasjonen mellom §§ 38 og

⁹⁶ Eckhoff (1945) s. 314 note 58.

⁹⁷ Rt. 1980 s. 360 s. 363.

51 har også blitt fremhevet av Høyesterett og teorien.⁹⁸ Bestemmelsen omhandler domstolens kompetanse til å fravike påtalemyndighetens faktumavgrensning i tiltalebeslutningen.

Det fremgår av strpl. § 38 (1) at domstolen ikke kan pådømme andre «forhold» enn de som er nevnt i tiltalen. Dette innebærer at tiltalebeslutningen trekker opp rammene for saken og at det hele tiden er det samme forholdet som er temaet for prosessen. Ordlyden i § 38 gir derimot ikke en direkte avklaring om selve grensedragningen. Forarbeidene fremhever at grensedragningen må overlates til «*andre rettskilder enn loven.*»⁹⁹

Domstolen kan imidlertid foreta noen endringer av faktumbeskrivelsen i tiltalebeslutningen uten at forholdets faktiske identitet endres. Det fremgår av § 38 (1) at domstolen «*er ubundet av den nærmere beskrivelse med hensyn til tid, sted og andre omstendigheter*». Domstolens kompetanse til å fravike tiltalebeslutningen bidrar til en viss veiledning for grensedragningen.

En *tidsmessig* endring som ikke har forrykket forholdets identitet er en tiltale om overstadig beruselse i Oslo 18. mai, som endres til å gjelde 19. mai.¹⁰⁰ I rettskraftsammenheng innebærer det at påtalemyndigheten ikke har kunnet reise ny sak om beruselsen den 19. mai. Dette til tross for at domstolen frifant tiltalte for forholdet den 18. mai fordi vedkommende hadde sitt alibi i orden.¹⁰¹ En *tidsmessig* endring som ikke har vært tillatt er en tiltale for tyveri, jf. strl. § 257, som domstolen endrer til å gjelde heleri, jf. strl. § 317.¹⁰² Dette vil være et annet faktisk forhold fordi helerihandlingen fokuserer på en etterfølgende

⁹⁸ Rt. 1980 s. 360. Rt. 2002 s. 900. Matningsdal (2002) JV s. 89. Fausa (2005) JV s. 43. Andenæs (2010) s. 376.

⁹⁹ Ot.prp. 35 (1978-79) s. 110.

¹⁰⁰ Andenæs (2010) s. 377.

¹⁰¹ Andenæs (2010) s. 452.

¹⁰² Rt. 1967 s. 365, Rt. 2003 s. 1373. Andenæs (2010) s. 378.

omstendighet. Det samme er tilfelle med tyveri og underslag og i forholdet mellom veitrafikklovens bestemmelser om kjøring under alkoholpåvirkning og etterfølgende alkoholnyttelse.¹⁰³ Underslag regulerer gjerningsmannens senere forhold til gjenstanden.¹⁰⁴ Etterfølgende alkoholnyttelse fokuserer på inntakelse av alkohol på et senere tidspunkt.¹⁰⁵ Slike etterfølgende omstendigheter har ikke avskåret påtalemyndigheten fra å reise ny sak i rettskraftsammenheng.

Når det gjelder endringer i *sted* konkluderte Høyesterett i Rt. 1977 s. 462 med at en tiltale som opprinnelig var basert på at tiltalte hadde drept sin kone i deres felles hjem, kunne endres til «og/eller på ukjent sted utenfor leiligheten». En senere sak om drap utenfor leiligheten ville derfor vært utelukket i rettskraftsammenheng. Et større avvik med hensyn til sted og som medførte at forholdet ble et annet, er Rt. 1952 s. 808. En kjørestrekning som ikke var omhandlet i forelegget ble ansett som et annet faktisk forhold, til tross for at alle kjørestrekninger fant sted i løpet av samme dag. Ny sak ville derfor vært tillatt for denne kjørestrekningen.

Det har også blitt sett hen til de faktiske *omstendighetene* ved spørsmålet om forholdets faktiske identitet, jf. § 38 «andre omstendigheter». Domstolen har hatt adgang til å bygge på andre faktiske kjensgjerninger enn de som er beskrevet i tiltalebeslutningen, så lenge det ikke forandre forholdets identitet.¹⁰⁶ «Andre omstendigheter» kan være den straffbare handlingens omfang, som for eksempel verdien av det som er stjålet, omfanget av en skade eller mengden av promille.¹⁰⁷ I Rt. 1954 s. 653 kom Høyesterett til at en alternativ beskrivelse av måten det straffbare forhold kunne være begått på, ikke endret forholdets identitet. Det var derfor uten betydning om tiltalte hadde kjørt bilen selv, eller overlatt

¹⁰³ Vegtrafikkloven § 21 jf. § 31 og § 22 (5) jf. § 31.

¹⁰⁴ Rt. 2003 s. 1376. Andenæs (2010) s. 378.

¹⁰⁵ Rt. 1996 s. 1539. Andenæs (2010) s. 378.

¹⁰⁶ Hov (2010) Rettergang II s. 999.

¹⁰⁷ Ibid s. 1000.

kjøringen til noen andre. Påtalemyndigheten kan således ikke reise ny sak med påstand om at det straffbare forholdet er begått på alternative måter.

Bevistema, herunder det faktum som har vært tema i to forfølgninger,¹⁰⁸ er også brukt som et moment av Høyesterett. Et eksempel på bruken er Rt. 1983 s. 815. Tiltalen gjaldt overtredelse av regnskapsloven for ikke å ha holdt regnskapsbøkene à jour. Underinstansen dømte også for etterfakturerings, med hjemmel i samme lov. Høyesterett kom til at dette var et annet faktisk forhold. Selv om etterfakturerings kunne rammes av regnskapsloven § 9, ville bevisstemaet bli noe annet:

*«Dette er en problemstilling som er helt ulik den som tiltalen er bygd på, og den stiller helt **andre krav til bevisføringen**. Jeg er enig med domfelte i at dommen gjelder et annet forhold enn det han var tiltalt for (min uthevelse).»¹⁰⁹*

Tidsmomentet kunne ikke begrunne Høyesteretts standpunkt fordi den manglende regnskapsføringen utløste den manglende bokføringen. I slike situasjoner vil bevisstemaet bidra til å illustrere likheter eller forskjeller mellom hva som utgjør samme faktiske handling, når tid og sted ikke gir noe bidrag. I andre tilfeller vil det imidlertid være en nær sammenheng mellom bevisstemaet og tidsmomentet. En endring av tidsangivelsen vil ofte medføre en endring i bevisføringen fordi tidsfokuset flyttes. Dette innebærer at rettskraften ikke vil være til hinder for en ny sak om handlingen dersom første forfølgning skiller seg i bevisføringen fra den etterfølgende saken.

En sammenligning av forholdets faktiske identitet, slik det tradisjonelt har blitt gjort i norsk rett og Zolotukhin-dommen, tilsier at det ikke er en forskjell hva angår utgangspunktet og relevante momenter. Utgangspunktet synes å ha vært hvorvidt forfølgningene har bygd på

¹⁰⁸ Rui (2009) s. 358.

¹⁰⁹ Rt. 1983 s. 815 s. 818.

det samme eller tilnærmet samme faktum. Relevante momenter har vært tid, sted, faktiske omstendigheter og bevistemaet i to forfølgninger. Dette har klare likhetstrekk med Zolotukhin-dommen.

Det er imidlertid grunn til å tro at norsk rett har tillatt større avvik ved praktiseringen av momentene. Helhetsinntrykket av norske avgjørelser er at avgrensningen gjennomgående gjøres videre. Noen endringer har vært tillatt uten at det har forrykket forholdets identitet, jf. ordlyden «ubundet» i § 38. Ordlyden «ubundet» og en enhetlig forståelse av § 38, tilsier at det skal noe til før domstolens endring i faktum medfører at man står overfor en annen faktisk handling.¹¹⁰ EMD hadde ikke et slikt spillerom i Zolotukhin-dommen, og det kan tenkes at det kan ha slått ut på det snevre vurderingstemaet domstolen oppstilte, jf. «*inextricably linked together in time and space*».¹¹¹

Et annet poeng er at avgrensningen i norsk rett har vært normert av strpl. § 38 hvor anklageprinsippet er et bærende hensyn. Anklageprinsippet fremgår av strpl. § 63. Domstolen trer bare i virksomhet etter begjæring av en påtaleberettiget, og dens virksomhet opphører når begjæringen blir tatt tilbake. Strpl. § 38 bidrar til at anklageprinsippet opprettholdes fordi bestemmelsen begrenser domstolens adgang til å endre tiltalen. Anklageprinsippet er ikke styrende ved EMDs avgrensning av hva som anses som samme faktiske handling. Formålet til EMD ved avgrensningen er «*to prohibit the repetition of criminal proceedings that have been concluded by a final decision*».¹¹² Uttalelsen gir ikke direkte uttrykk for hvilket hensyn formålet skal ivareta, men det er nærliggende å legge til grunn at EMD søker å ivareta belastningshensynet.¹¹³ Siden belastningshensynet er styrende for EMDs avgrensning, og anklageprinsippet er normerende for avgrensningen i norsk rett, tilsier disse ulikhetene at grensedragningen kan falle forskjellig ut og at det

¹¹⁰ Likedan, Rui (2009) s. 428.

¹¹¹ Avsnitt 84.

¹¹² Gradinger mot Østerrike 23.10.95 avsnitt 53.

¹¹³ Slik, Rt. 2002 s. 557 s. 568. Rui (2009) s. 135.

således ikke er nøyaktig sammenfall. Dette illustrerer ulempen med at det har vært operert med en enhetlig grensedragning i §§ 51 og 38.

4.3.1 Handlingsrekke-fortsatt forbrytelse

4.3.1.1 Innledning

Spørsmålet om forholdets faktiske identitet settes ikke kun på spissen hvor det foreligger to lignende forfølgelser. Et annet typetilfelle er situasjoner hvor gjerningsmannen har begått flere faktiske handlinger. Det kan selvsagt være overlapping mellom disse typetilfellene. Zolotukhin-dommen illustrerer at domstolen måtte vurdere begge typetilfellene. Innledningsvis skal det undersøkes hvilken betydning det har å trekke grensen for én eller flere faktiske handlinger. Under punkt 4.3.1.2 skal avgrensningen av forholdets faktiske identitet ved en handlingsrekke gjennomgås i lys av Zolotukhin-dommen.

I norsk rett har man tradisjonelt lagt til grunn at flere handlinger som hver for seg oppfyller gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, kan bli bedømt som et fortsatt straffbart forhold som følge av sammenhengen mellom dem. Der en slik sammenheng ikke kan påvises, blir handlingene bedømt som selvstendige lovbrudd og dømmes i realkonkurrens, jf. strl. §§ 62-63. Fortsatt forbrytelse har betydning utover konkurrensreglene i strafferetten. I rettskraftsammenheng innebærer en fortsatt forbrytelse at hele forholdet blir ansett avgjort i sin helhet ved den første saken, selv om noen handlinger ikke ble pådømt jf. Rt. 1931 s. 920.

I relasjon til strpl. § 38 kan domstolen pådømme handlinger som ikke er nevnt i tiltalebeslutningen, så fremt disse inngår i en fortsatt forbrytelse med handlingene i tiltalebeslutningen. Adgangen til å pådømme handlinger som skriver seg fra tiden før tiltalebeslutningens tidsangivelse har blitt akseptert av praksis¹¹⁴ og teori,¹¹⁵ dersom

¹¹⁴ Rt. 1985 s. 588 (med rettelse på s. 911). Rt. 2005 s. 934.

handlingene blir betryggende opplyst under hovedforhandlingen. I rettskraftsammenheng har det betydning at handlinger forut tiltalebeslutningen har blitt rettskraftig avgjort, selv om disse ikke ble pådømt.

Når det gjelder adgangen til å pådømme handlinger som har funnet sted etter tidsangivelsen i tiltalebeslutningen, men før dommen er avsagt, er det ingen klar løsning i praksis og spørsmålet er omstridt i teorien.

Rt. 1912 s. 991 legger til grunn at handlinger etter tidsangivelsen var et annet forhold, mens domstolen i Rt. 1921 s. 90 kom til at underinstansen hadde adgang til å pådømme handlinger som lå etter tidsangivelsen i tiltalebeslutningen. I sistnevnte kjennelse ble det ikke gitt en nærmere begrunnelse utover at det var en fortsatt forbrytelse. Hov¹¹⁶ og Matningsdal¹¹⁷ legger til grunn at det er adgang til å pådømme etterfølgende forhold så fremt handlingene oppfattes som en del av det straffbare forholdet som det er reist tiltale for.

Hensynet til tempo og effektivitet i straffesaksbehandlingen trekker i retning av at etterfølgende forhold pådømmes. Disse hensynene trekkes også frem hos Andenæs, men den øvrige drøftelsen hos forfatteren synes å legge til grunn at domstolen må begrense seg til det tidsrom som er omhandlet i tiltalebeslutningen.¹¹⁸ Gode grunner taler for det, særlig med hensyn til tiltaltes mulighet til å forberede et tilstrekkelig forsvar jf. EMK art. 6 nr. 3b. Frem til spørsmålet får en klar løsning, bør etterfølgende forhold kun pådømmes i den utstrekning det konkrete saksforhold tilsier det og tiltaltes grunnleggende rettsikkerhetsgarantier ivaretas.

¹¹⁵ Hov (2010) Innføring II s. 701. Andenæs (2010) s. 377. Bjerke (2011) s. 131.

¹¹⁶ Hov (2010) Innføring II s. 702 og 884.

¹¹⁷ Matningsdal (2002) JV s. 116-119.

¹¹⁸ Andenæs (2010) s. 378.

Så vidt meg bekjent, har spørsmålet om fortsatt forbrytelse ikke kommet på spissen i forhold til TP7-4 tidligere.¹¹⁹ Hvorvidt det foreligger en fortsatt forbrytelse reiser sjeldent tvil i saker hvor flere overtredelser av ulik karakter er begått etter hverandre i tid, slik som innbrudd, bruk av narkotika og promillekjøring. Dette anses som en *ulikeartet* realkonkurrens. I slike tilfeller er det omtrent alltid tale om separate lovbrudd.¹²⁰ Spørsmålet kommer på spissen hvor det foreligger flere *likeartede* overtredelser. De tre enkeltepisodene i Zolotukhin-dommen er et eksempel på en slik situasjon. Idealkonkurrens betegner situasjonen hvor noen i samme handling overtrer flere straffebud.¹²¹ Dette reiser spørsmål om forholdets rettslig identitet og vil ikke forfølges her.

Jeg vil i det følgende vurdere hvordan norsk rett ville avgrenset de tre enkeltepisodene i Zolotukhin-dommen.

4.3.1.2 Utgangspunktet

Straffeprosessloven § 51 og forarbeidene¹²² løser ikke spørsmålet om når det foreligger et fortsatt sammenhengende forhold. Drøftelsen vil derfor basere seg på avgrensningen i andre relasjoner, da det ligger en forutsetning om en enhetlig grensedragning blant bestemmelsene som reiser identitetsspørsmålet jf. presiseringen i avhandlingens punkt 4.1.

Det finnes ingen lovfestede regler i strafferetten eller straffeprosessen om selve avgrensningen ved fortsatt forbrytelse. Retningslinjene har hovedsakelig blitt trukket opp i rettspraksis og teori.

¹¹⁹ Likedan, Fausa (2005) JV s. 47.

¹²⁰ Bratholm (1991) s. 274.

¹²¹ Andenæs (2004) s. 369.

¹²² Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffelovkomitéen, 1969 s. 166.

En sjelden gang bidrar imidlertid det enkelte straffebud og dens ordlyd til en oppklaring av hva som er én eller flere handlinger. Strl. § 332 straffer den som uten offentlig tillatelse «udøver en Virksomhed» eller «vedbliver at udøve en Virksomhed» når vedkommende er frakjent denne muligheten ved endelig dom.¹²³ Å utøve eller vedbli krever en viss aktivitet. Et annet eksempel er strl. § 162 som fastsetter straff for den som «oppbevarer» narkotiske stoffer. Ordlyden «oppbevarer» tilsier at det er tale om en tilstand som ikke uten videre vil kunne anses som flere handlinger der det går noe tid.¹²⁴ De fleste straffebud er imidlertid utformet slik at de kun rammer enkeltstående handlinger.

I praksis er det lagt til grunn at handlinger som er begått i umiddelbar sammenheng vil være unaturlig og lite hensiktsmessig å skille ut til enkelte lovovertridelser.¹²⁵ I norsk rett kan det tenkes at de tre episodene i Zolotukhin-dommen ville blitt ansett som handlinger begått i slik umiddelbar sammenheng. Basert på eksemplet hos Bratholm¹²⁶ om lovbrøyteren som ved samme anledning tilføyer fornærmede flere slag, er det ikke gitt at Høyesterett ville vurdert de tre episodene som handlinger begått i umiddelbar sammenheng, jf. også Rt. 1912 s. 215. Det gikk noe lenger tid mellom handlingene enn det tilfellet er hvor en person tildeles flere slag i rask rekkefølge. Dette fratar imidlertid ikke episodene karakteren av å være begått i nær sammenheng.

For de tilfellene hvor en slik umiddelbar sammenheng ikke kan påvises, har man i teori og praksis tatt utgangspunkt i vurderingstemaet i forarbeidene til konkurransereglene i straffeloven.¹²⁷ Det fremgår av disse at «*Den hele Sondring bliver da en Skjønssag nærmest bygget på det samtlige af Omstændigheder fremkaldte Totalindtryk*», hvor sentrale

¹²³ Se Øyen (2005) s. 219 «kollektivforbrytelser».

¹²⁴ Bratholm (1991) s. 274 «tilstandsforbrytelser».

¹²⁵ Bratholm (1991) s. 275.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Rt. 1994 s. 203. Frøberg (2008) s. 480. Strl. §§ 62 og 63.

momenter vil være tidens, stedets og forsettets enhet.¹²⁸ Avgjørende er hvorvidt det er «naturlig å betrakte de likeartede overtredelsene som ledd i en samlet virksomhet.»¹²⁹ «Totalindtryk» viser til en helhetsvurdering.

4.3.1.3 Tidsmomentet

Når det er spørsmål om foreldelsesfristen i saker om seksuallovbrudd har Høyesterett tillatt at hendelser som strekker seg over lang tid, bedømmes som én faktisk handling, jf. Rt. 2002 s. 917 (12 år).¹³⁰ Høyesterett har også akseptert tidsavvik i andre sakstyper. I Rt. 1940 s. 25 ble en ulovlig salgsvirksomhet av øl over tre år ansett som en fortsatt forbrytelse og dermed én faktisk handling. I Rt. 1992 s. 562 forelå det et tidsavvik på en halvtime mellom to episoder. Handlingene ble bedømt som et sammenhengende forhold. Norsk rett har vært tilbøyelig til å anse en handlingsrekke som strekker seg over tid som én faktisk handling. Et gjennomgående trekk synes å være at tidsmomentet strekkes langt dersom hensynet til praktikabel straffeprosess tilsier det. Dette gjelder særlig hvor det foreligger kontinuitet i lovbruddene. Ut fra disse synspunktene er det grunn til å tro at Høyesterett ville kommet til at tidsavviket i Zolotukhin-dommen ikke fratok de tre episodene karakteren av å være én handling.

4.3.1.4 Stedsmomentet

I Rt. 1992 s. 562 var domstolen av den oppfatning at slagene som fornærmede ble tilføyd 150-200 meter utenfor samfunnshuset, var et fortsatt straffbart forhold med de slagene som ble tildelt inne i samfunnshuset en halv time tidligere. Domstolen så det slik at underinstansen hadde adgang til å pådømme dette etter strpl. § 38, til tross for at forsvareren anførte at det ikke kunne anses som en fortsatt forbrytelse. Den konkrete

¹²⁸ Straffelovkommisjonenens innstilling av 1896 s. 111 og 112.

¹²⁹ Bratholm (1991) s. 275.

¹³⁰ Rt. 1994 s. 1129 (ca. 9 år).

avgrensningen i denne avgjørelsen tilsier at handlingene i Zolotukhin-dommen antakelig ville blitt ansett som en fortsatt forbrytelse basert på stedsmomentet. Ut fra faktum i Zolotukhin-dommen kan det se ut til at major K sitt kontor var på politistasjonen. Med unntak for episode 3 (bilturen) var det på politistasjonen eller i umiddelbar nærhet at handlingene fant sted.

4.3.1.5 Antall fornærmede

Ved siden av momentene i motivene til konkurransreglene har rettspraksis og teori tatt i betraktning om handlingene involverer de samme eller ulike fornærmede.¹³¹ Ved personlig rettskrenkelser rettet mot flere personer er den alminnelige oppfatningen i juridisk litteratur at det er tale om ulike handlinger.¹³² De tre episodene i Zolotukhin-dommen involverte ulike fornærmede; tjenestemennene på den ene siden, og major K på den andre siden. Dette tilsier at handlingene ikke har karakteren av å være en fortsatt forbrytelse. De fornærmede har imidlertid noen fellestrekk ved at de alle besitter en offentligrettslig stilling. Spørsmålet er hvilken betydning dette kan ha?

Det finnes eksempler på at Høyesterett har sett bort fra at de fornærmede var ulike.¹³³ Det er da hensynet til praktikabel straffeforfølgning som gjør seg gjeldende. Hensynet til praktikabel straffeforfølgning taler ikke med tyngde for at norske domstoler skulle sett bort fra at de fornærmede var ulike i dette tilfellet. Konsekvensen er at man må foreta tre prosesser. Hensynet gjør seg derimot gjeldende der man står overfor en handlingsrekke med 60-70 likeartede lovbrudd. Det bør imidlertid kunne legges noe vekt på at Zolotukhins opptreden var den samme og at de fornærmede var offentligrettslige tjenestemenn.

¹³¹ Rt. 1992 s. 445. Rt. 1997 s. 1771. Denne hovedregelen gjelder i utgangspunktet også for formuesforbrytelser, men den praktiseres mindre strengt, jf. Rt. 1997 s. 1771 og Rt. 1998 s. 1416.

¹³² Øyen (2005) JV s. 248.

¹³³ Rt. 1992 s. 445.

Høyesteretts uttalelser i Rt. 1997 s. 1771 (som riktignok gjaldt formuesforbrytelser) er av interesse i denne sammenheng:

*«De fornærmede ved handlingene kommer her i bakgrunnen. Sett fra domfeltes synsvinkel må det ha vært likegyldig og helt tilfeldig hvem som ble rammet.»*¹³⁴

Ordensforstyrrelsen var det fremtredende ved Zolotukhins handlemåte. Ut fra faktum i Zolotukhin-dommen er det grunn til å tro Zolotukhins handlemåte var rettet mot enhver som kom i veien for han. Det kan derfor tenkes at man ved den norske bedømmelsen ville sett bort fra at handlingene involverte ulike fornærmede.

Holmboe og Jahre er av samme oppfatning i relasjon til de tre episodene i Zolotukhin-dommen. De uttaler følgende:

*«Bedømt som en ordensforstyrrelse, der det kommer mer i bakgrunn hvilken tjenestemann som forulempes, ville man nok i norsk rett lett ha kommet til at alle episodene strafferettslig og –prosessuelt var ett og samme forhold.»*¹³⁵

4.3.1.6 Felles forsett

Forarbeidene¹³⁶ og rettspraksis viser at dersom gjerningsmannens forsett har vært den samme ved alle handlingene, taler det for at det foreligger en fortsatt forbrytelse, jf. Rt. 1998 s. 1416 og Rt. 1994 s. 203. Det er imidlertid få uttalelser i rettspraksis om hvordan momentet vektlegges. Dette skyldes at det er vanskelig å påvise hva gjerningsmannen har tenkt, da dette er et subjektivt element. Til en viss grad kommer det subjektive momentet til

¹³⁴ Rt. 1997 s. 1771 s. 1773.

¹³⁵ Holmboe (2011) LoR s. 211.

¹³⁶ Straffelovkomisjonenens innstilling av 1896 s. 111 og 112.

uttrykk gjennom de objektive momentene.¹³⁷ Hvis gjerningsmannens lovovertridelser er svært like og begått hyppig kan det tale for et felles forsett. Det er ikke gitt hvordan Høyesterett ville vektlagt momentet dersom saksforholdet i Zolotukhin-dommen kom opp for domstolen. Det kan imidlertid tenkes at hyppigheten og likheten mellom enkeltepisodene i Zolotukhin-dommen ville trukket i retning av et felles forsett.

4.3.1.7 Helhetsvurdering

I norsk rett beror spørsmålet om forholdets identitet og fortsatt forbrytelse på en helhetsvurdering, jf. forarbeidene¹³⁸ til konkurransreglene i strl. §§ 62 og 63 og Rt. 1994 s. 203. Momentene kan ikke vurderes isolert, men må ses i sammenheng. Hensynene bak bestemmelsene som reiser identitetsspørsmålet vil også få en vesentlig betydning i avgrensningen, enten som et selvstendig moment eller i helhetsvurderingen.

Med utgangspunkt i momentene som er gjennomgått, er det nærliggende at Zolotukhins opptreden ville blitt bedømt som en fortsatt forbrytelse etter en helhetsvurdering i norsk rett. Belastningshensynet, forutberegnelighetshensynet og innrettelseshensynet taler også for å bedømme handlingene som én faktisk handling. En ny forfølgning av en episode som ikke ble pådømt, burde derfor vært utelukket i norsk rett.

¹³⁷ Øyen (2005) s. 256.

¹³⁸ Straffelovkomisjonenens innstilling av 1896 s. 111 og 112.

5 Avgrensningen av samme faktiske handling i norsk rett etter Zolotukhin-dommen

5.1 Innledning og det overordnede vurderingstemaet

Spørsmålet under dette avsnittet er hvorvidt Zolotukhin-dommen har medført endringer i hvordan den negative materielle rettskraften og samme faktiske handling avgrenses i norsk rett i dag, jf. strpl. § 51. Innledningsvis kan det nevnes at ordlyden i strpl. § 51 og forarbeidene¹³⁹ ikke bidrar til avgrensningen av hva som er samme faktiske handling i dag.

I 2010 kom Høyesterett til at rettslig identitet ikke kunne være en avgrensningskomponent ved tolkningen av strpl. § 51 som følge av Zolotukhin-dommen, jf. Rt. 2010 s. 454. Nyere høyesterettspraksis i relasjon til strpl. §§ 38, 51, 364 og TP7-4 viser til Zolotukhin-dommen og vurderingstemaet som ble oppstilt hva angår forholdets faktiske identitet.¹⁴⁰ Det illustrerer at norske domstoler ved tolkningen av TP7-4 og strpl. § 51 følger tolkningsprinsippene fastsatt i Rt. 2000 s. 996 (Bøhlerdommen) og Rt. 2005 s. 833 (Uskyldspresumsjonen). Domstolen skal ved tolkningen av EMK anvende de samme tolkningsprinsippene som EMD, herunder skal det ses hen til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs praksis. Det kan foretas en selvstendig tolkning av konvensjonen så fremt domstolen ikke anlegger en for dynamisk tolkning.

Høyesterett har imidlertid slått fast at avgrensningen av samme forhold i strpl. §§38 og 364 skal vurdere ut fra både rettslig- og faktisk identitet, jf. Rt. 2011 s. 172. Når det gjelder forholdets faktiske identitet synes det å ligge en forutsetning om at avgrensningen er lik blant bestemmelsene som reiser identitetsspørsmålet. Uavhengig av hvilken bestemmelse som er til vurdering i nyere høyesterettsavgjørelser vises det til Zolotukhin-dommen og momentene i avgjørelsen uten at det kommenteres hvorvidt storkammerdommens

¹³⁹ Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffelovkomitéen, 1969 s. 166.

¹⁴⁰ Rt. 2010 s. 454, Rt. 2010 s. 72, Rt. 2010 s. 1121, Rt. 2011 s. 172, Rt. 2012 s. 243 og Rt. 2012 s.1051.

avgrensning er hensiktsmessig i det enkelte tilfelle.¹⁴¹ Flere av de norske avgjørelsene viser også til hverandre selv om de aktuelle bestemmelsene som reiser identitetsspørsmålet ikke er de samme. Siden det er få avgjørelser i rettskraftsammenheng vil den videre fremstillingen trekke veksler på avgjørelser avsagt i andre relasjoner.

Utgangspunktet ved avgrensningen av hva som utgjør samme faktiske handling, er om de fakta som ligger til grunn for forfølgning nr. 2 er «*identisk eller i det vesentlige samme fakta*» som forfølgning nr. 1. Dette er lagt til grunn i flere enstemmige høyesterettsavgjørelser for tolkningen av EMK TP7-4,¹⁴² strpl. §§ 51,¹⁴³ og 38.¹⁴⁴ Til tross for at utgangspunktet er likt EMDs, er det ikke gitt at grensedragningen er sammenfallende.

5.2 Den nøyaktig samme handlingen forfølges to ganger

Det er noen typetilfeller i dag som sjeldent reiser tvil om forholdets faktiske identitet i to forfølgninger. I saker hvor det er tale om en enkelthandling og to forfølgninger baserer seg på denne, vil de anses for å bygge på identiske fakta. Et eksempel på en slik situasjon er Rt. 2010 s. 454. Både den etterfølgende private straffesaken mot politidistriktet, og det forutgående forelegget bygde på politiets uforstand i tjeneste da en fange døde under varetekt. Straffesaken måtte derfor avvises, jf. strpl. § 51. Et annet eksempel er Rt. 2010 s. 1121 hvor grunnlaget for begge forfølgningene var «unnlåtelsen» av å opplyse om inntekt i selvangivelsen. I begge avgjørelser ble det kun gitt en kort konstatering av at det her var tale om samme faktiske handling.¹⁴⁵

¹⁴¹ Rt. 2010 s. 454, Rt. 2010 s. 72, Rt. 2010 s. 1121, Rt. 2011 s. 172, Rt. 2012 s. 243 og Rt. 2012 s.1051.

¹⁴² Jf. Rt. 2010 s. 72. Rt. 2010 s. 1121.

¹⁴³ Rt. 2010 s. 454. Rt. 2011 s. 172. Rui (2009) LoR s. 296. Bjerke (2011) s. 129-130. Holmboe (2011) LoR s. 209.

¹⁴⁴ Rt. 2011 s. 172.

¹⁴⁵ Rt. 2010 s. 454 (avsnitt 18) Rt. 2010 s. 1121 (avsnitt 29). Se også Rt. 2012 s. 1051 (avsnitt 49).

Grunnen til at disse typetilfellene sjeldent vil reise tvil er fordi rettslig identitet ikke lenger er et avgrensningskriterium i rettskraftsammenheng. Tidligere kunne den etterfølgende forfølgningen ta utgangspunkt i en annen bestemmelse og medføre at man stod overfor et annet straffbart forhold som følge av forskjeller ved bestemmelsene som ble brukt i forfølgningene. Det ble tidligere nevnt at bruken av bevistema som avgrensningsmoment har likhetstrekk med bruken av rettslig karakteristik.¹⁴⁶

I dag vil det være endringer i bevistemaet som kan reise problemer ved forholdets faktiske identitet hvor to forfølgninger bygger på en enkelthandling. Hvis en annen bestemmelse blir brukt i forfølgning nr. 2, vil denne ofte inneholde elementer som bestemmelsen i den første forfølgningen ikke inneholdt. Forskjellene får den konsekvens at man står overfor en annen faktisk handling som følge av ulik bevisførsel. Rt. 2010 s. 454 og Rt. 2010 s. 1121 reiste imidlertid ikke spørsmål om endringer i bevistemaet.

5.3 Tidsmomentet, stedsmomentet og de faktiske omstendighetene

Nyere avgjørelser fra Høyesterett viser til at den faktiske handlingen i en ny forfølgning vil anses for å være den samme som i en forutgående forfølgning, dersom den knytter seg til samme tidspunkt i hendelsesforløpet, stedet, består av de samme eller vesentlig de samme faktiske omstendigheter eller inngår i den samme begivenhet, jf. Rt. 2010 s. 72 (avsnitt 14), Rt. 2011 s. 172 (avsnitt 18) og Rt. 2012 s. 243 (avsnitt 23).

Det er de samme momentene som i Zolotukhin-dommen som er relevante jf. «... ***concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space***...(mine uthevelser)». ¹⁴⁷ Det er også likheter med hensyn til tidligere norsk

¹⁴⁶ Avhandlingens punkt 3.3.3.

¹⁴⁷ Zolotukhin-dommen avsnitt 84.

retts avgrensning.¹⁴⁸ Spørsmålet er imidlertid om momentene praktiseres på en annen måte enn Zolotukhin-dommen.

Det foreliggende rettskildematerialet gir ikke tilstrekkelig holdepunkter til å fastslå hvorvidt norsk rett har en videre eller snevrere avgrensning enn Zolotukhin-dommen der en forfølgning iverksettes etter en forutgående forfølgning.

For det første foreligger det større avvik i tid, sted og faktiske omstendigheter der Høyesterett konkluderer med at det er ulike faktiske forhold enn det som var tilfellet i Zolotukhin-dommen. I Rt. 2012 s. 243 uttalte Høyesterett at forholdene «*skiller seg klart ... både med hensyn til tid, sted og hendelsesforløp for øvrig*».¹⁴⁹ Det ene tiltalegrunnlaget baserte seg på handlinger begått et halvt år i forveien og noen uker senere enn handlingene i det andre tiltalegrunnlaget.

For det andre inneholder de avgjørelsene som konkluderer med at det foreligger samme faktiske handling svært små avvik i momentene, at et annet utfall ville vært lite tenkelig, jf. Rt. 2011 s. 172. Spørsmålet var om lagmannsretten hadde anledning til å omsubsumere fra forsøk til voldtekt¹⁵⁰ til legemsbeskadigelse,¹⁵¹ jf. strpl. §§ 38 og 364. Høyesterett viste til at «De faktiske omstendigheter» i det vesentlige var de samme for tiltalebeslutningen og forholdet som ble pådømt. Det var svært lite som skilte seg ut i omfang og gjerningsmannens handlingsmåte i de ulike grunnlagene da de omtalte lett tvang og vold i begge tilfeller. Forskjellen bestod av at tiltalegrunnlaget for forsøk på voldtekt ikke omtalte blåmerker. Handlingene som hadde forårsaket blåmerkene var imidlertid omtalt i tiltalegrunnlaget for forsøk på voldtekt. Høyesterett kom til at domfellelsen for legemsbeskadigelsen gjaldt den samme faktiske handlingen som forsøk på voldtekt.

¹⁴⁸ Avhandlingens punkt 4.3.

¹⁴⁹ Avsnitt 23.

¹⁵⁰ Jf. strl. § 192 jf. § 49.

¹⁵¹ Jf. strl. § 229.

For det tredje gir det foreliggende rettskildematerialet ikke tilstrekkelige holdepunkter til å avgjøre hvorvidt norsk rett har en avvikende avgrensning fra EMDs fordi saker med «identiske fakta» ikke bidrar til grensedragningen. I Rt. 2010 s. 454, Rt. 2010 s. 1121 og Rt. 2012 s. 1051 var identiske fakta grunnlaget for begge forfølgninger. Slike saksforhold vil ikke kunne bidra til grensedragningen siden de ikke reiser spørsmål om grensetilfellene, herunder når to forfølgninger bygger på «vesentlig identiske fakta».

Rettskildematerialet vil derfor ikke kunne belyse hvorvidt norsk rett har en videre eller snevrere avgrensning i de tilfeller hvor *to forfølgninger vurderes opp mot hverandre*. Det er imidlertid grunn til å tro at svaret på hvorvidt norsk rett har en videre eller snevrere avgrensning vil få sin løsning etter hvert som flere avgjørelser finner veien frem til Høyesterett.

5.4 Bevistema

Bevistema kan defineres som det faktum som har vært tema i to forfølgninger.¹⁵² Bruken av bevistema som avgrensningsmoment synes også å bli brukt i dag. I Rt. 2010 s. 72 kom Høyesterett til at det forutgående skattevedtaket, ikke gjaldt den samme faktiske handlingen som den senere straffeforfølgelsen for overtredelse av regnskapslovgivningen (tiltalens post I) jf. TP7-4.

Det gis ikke direkte uttrykk for at bevisføringen er relevant. Det er imidlertid grunn til å tro at Høyesterett mener at forskjellen i tid og de ulike måtene handlingene var begått på, også medførte en endring i bevistemaet.¹⁵³ Høyesteretts argumentasjon ligger nært opp til EMDs avvisningsavgjørelser i *Manasson mot Sverige*,¹⁵⁴ og Rt. 2004 s. 1074 hvor både

¹⁵² Rui (2009) s. 358.

¹⁵³ Avsnitt 24.

¹⁵⁴ *Manasson mot Sverige* 08.04.03.

saksforholdet og resultatet ble det samme som i denne saken hva angår regnskapsovertredelsen. Dette indikerer at Høyesterett ikke vurderer bruken av bevistema mindre strengt enn tidligere. Selv om det er en noe snever avgrensning i dette tilfellet, synes dette ikke å være influert av Zolotukhin-dommen, men av tidligere rett.

5.5 Handlingsrekke-fortsatt forbrytelse

Problemstilling under dette avsnittet er hvordan flere likeartede overtredelser bedømmes av norske domstoler etter Zolotukhin-dommen. Har det skjedd en endring?

Rt. 2009 s. 1684 (avsagt ca. 10 måneder etter Zolotukhin-dommen) reiste spørsmål om fortsatt forbrytelse på *straffeprosessens* område jf. spørsmål til lagretten strpl. § 364 (2). Høyesterett kom til at flere underslag¹⁵⁵ begått over sju år var en fortsatt forbrytelse. Det ble vist til at det beror på en helhetsvurdering hvor «*sammenheng i tid, tilknytning til samme sted, om handlingene rammer samme fornærmede, og eventuelt felles forsett*» er momenter av betydning.¹⁵⁶ Det er ingen tvil om at det er de samme momentene som tidligere som er relevante. Domstolen ser ikke ut til å ha latt seg påvirke av den snevre avgrensningen i Zolotukhin-dommen når det kommer til grensedragningen ved en handlingsrekke.

Det samme illustrerer Rt. 2011 s. 472 på *strafferettens* område. Høyesterett aksepterte et tidsavvik på opptil åtte år, ved spørsmålet om pågripelses- og ransakelsesbeslutningen vedrørende strl. § 195 (voldtekt av barn) var det samme forholdet som tiltalebeslutningen om strl. § 192 («ordinær» voldtekt). En bekreftende konklusjon medførte at foreldelsesfristen var avbrutt i tide, jf. strl. § 69.

¹⁵⁵ Jf. strl. § 255.

¹⁵⁶ Avsnitt 23.

Dersom avgrensningen i ovenfornevnte avgjørelse legges til grunn i rettskraftsammenheng medfører det at forholdet i sin helhet er rettskraftig avgjort ved forfølgning nummer 1. Det innebærer eksempelvis at dersom domstolen i et aktuelt år kun pådømmer handlinger begått under år 1, vil det sperre for ytterligere forfølgninger for handlinger begått under år 2 til 8. Da TP7-4 og EMDs tolkninger i Zolotukhin-dommen kun gir uttrykk for en minstestandard, er det ikke noe i veien for at norsk rett tillater en videre avgrensning. En effektiv strafferettspleie taler imidlertid mot en så vid avgrensning i rettskraftsammenheng. Samtidig vil tiltalte ikke ha noen beskyttelsesverdig interesse i å slippe straff for handlingene.

Eksemplet viser at de særlige hensynene som oppstår ved foreldelsesspørsmål i strafferetten ikke bør være normerende for avgrensningen i strpl. § 51. Det samme illustrerer Rt. 2009 s. 1684 på straffeprosessens område. Det synes som om praktikabilitetshensyn medførte at Høyesterett konkluderte med at spørsmålet til lagretten kunne stilles som en fortsatt forbrytelse, på tross av det lange tidsperspektivet. På den andre siden bør det ha betydning om handlingene har vært kjent for påtalemyndigheten i sak nummer 1. I slike tilfeller vil vedkommende ha større grunn til å innrette seg i tillit til at saken er over, og det kan i større grad tale for en vid avgrensning i rettskraftsammenheng.

5.6 Oppsummering

Nyere praksis viser at de samme momentene som tidligere fortsatt er relevante ved vurderingen av hva som er samme faktiske handling. Dette er også oppfatningen i den juridiske litteraturen.¹⁵⁷ Også ved bedømmelsen av om en handlingsrekke utgjør én eller flere handlinger synes rettspraksis å legge til grunn tidligere rett. Det ser ikke ut som om Høyesterett har vurdert om norsk retts avgrensning av en handlingsrekke (fortsatt forbrytelse) er uforenlig med den tilsvarende vurderingen i Zolotukhin-dommen. I rettskraftsammenheng vil det imidlertid ikke være en ulempe for den som er frikjent eller

¹⁵⁷ Rui (2009) LoR s. 298.

domfelt, at flere handlinger omfattes av den negative materielle rettskraften. Der domstolen under hovedforhandlingen trekker inn andre handlinger under forutsetningen av at det foreligger en fortsatt forbrytelse, vil det imidlertid representere en ulempe for tiltalte.

I utgangpunktet ser det ut til at gjeldende rett bygger på at avgrensningen av samme faktiske handling er lik der grensedragningen har betydning i straffeprosessuelle sammenhenger. Avgjørelsene relaterer seg til ulike bestemmelsene, men de samme momentene har gått igjen. Fordelen med dette er at hensynet til konsekvens og systembetraktninger i regelverket opprettholdes. Det medfører at rettspraksis knyttet til en bestemmelse blir relevant ved tolkningen av en annen og på denne måten skapes en entydig praksis som bidrar til rettsavklaring og forutberegnelighet.¹⁵⁸

Det er imidlertid nærliggende å anta at vurderingene kan falle forskjellig ut i noen tilfeller. Hvis hensynene bak bestemmelsen som reiser identitetsspørsmålet med tyngde taler for en avvikende avgrensning, er det grunn til å tro at vurderingsnormen ikke alltid vil være sammenfallende. Den strafferettslige avgrensningen i forbindelse med foreldelsesspørsmålet illustrerer at de praktiske hensynene tillegges vekt ved at tidsmomentet strekkes betraktelig. At konsekvensbetraktninger også kan spille en rolle, uttales sjeldent i domstolens avgjørelser, men det er grunn til å tro at disse spiller inn ved vurderingen av hvilke momenter som er relevante og hvordan momentene anvendes.¹⁵⁹

5.7 Sammenfall i vurderingsnormen til EMD og norske domstoler?

EMD og norske domstoler legger til grunn at samme forhold skal avgrenses ut fra faktisk identitet i rettskraftssammenheng. Det foreligger således sammenfall på dette punktet. Tidligere og nyere norsk rett tillegger de samme momentene som EMD relevans ved avgrensningen av hva som er samme faktiske handling. Siden vår avgrensningsmodell har

¹⁵⁸ Likedan, Øyen (2005) JV s. 233.

¹⁵⁹ Bratholm (1991) s. 275. Eskeland (2006) s. 225. Hov (2010) Rettergang II s. 998.

ligget nært opp til EMDs, medfører ikke tolkningen i Zolotukhin-dommen en ubehagelig overraskelse. Det er den snevre avgrensningen av en handlingsrekke og de strenge kravene til at to forfølgninger må være *uløselig* knyttet sammen i tid og sted, som synes å være noe annerledes enn det vi er vant til. Det er ikke tilstrekkelige holdepunkter i dag til å fastslå klart og uomtvistelig at EMDs avgrensning gjøres gjennomgående snevrere. Det kan imidlertid tenkes at fremtidige avgjørelser vil kunne påvise dette. Dette gjelder særlig dersom utviklingen av identitetslæren fortsetter på andre områder hvor hensynene som råder, ikke er de samme som i rettskraftssammenheng.

Vår tradisjonelle tolkning av hva som skal anses som et fortsatt sammenhengende forhold ved en handlingsrekke taler derimot klart for at norsk rett har en videre avgrensning. Dette standpunktet deles av Riksadvokaten som i sine retningslinjer har uttalt at drøftelsen i Zolotukhin-avgjørelsen kan tyde på at *«EMD er mindre tilbøyelig til å anse et hendelsesforløp som en enhet enn man er i intern norsk rett ved bedømmelsen av om det foreligger fortsatt forbrytelse.»*¹⁶⁰

Hvorvidt det har noen betydning at grensedragningen i norsk rett ikke ser ut til å være helt sammenfallende med EMDs, er ikke problematisert i Høyesteretts nyere avgjørelser. Avgjørelsene som anlegger en vid avgrensning nevner ikke Zolotukhin-dommen, jf. Rt. 2009 s. 1684 og Rt. 2011 s. 472. Holmboe og Jahre uttrykker at det ikke er grunn til at et *«snevrere faktisk identitetsbegrep i EMK enn i norsk rett skal medføre omlegging i norsk rett av hva som strafferettslig anses som et fortsatt forhold»*.¹⁶¹ De begrunner det med at EMK og EMDs praksis ikke tvinger til dette og *«at en eventuell harmonisering mellom det prosessuelle og materielle må være en lovgiveroppgave.»*¹⁶²

¹⁶⁰ Rundskriv 3. april 2009. RA-2009-187 side 3.

¹⁶¹ Holmboe(2011) LoR s. 211.

¹⁶² Ibid.

Jeg slutter meg til dette synspunktet. Når spørsmålet om hva som utgjør samme faktiske handling oppstår i strafferetten, er det ofte i relasjon til materielle forutsetninger for straffeansvar, jf. strl. §§ 12 (jurisdiksjon) og 67-69 (foreldelse). Ut fra ordlyden og formålet til TP7-4 er det lite som tilsier at det kan skje en overprøving av vår nasjonale straffelovgivning. Dette tilsier at vår tradisjonelle tolkning av hva som utgjør et forhold ved en handlingsrekke, forblir slik den er i dag og at det ikke er behov for omlegging. Problemet er imidlertid, i likhet med tidligere, hvorvidt det foreligger og hvorvidt det bør være en enhetlig norm for samme forhold i strafferetten og straffeprosessen. Forskjellige standpunkter har vært inntatt til dette spørsmålet tidligere.¹⁶³ På bakgrunn av EMDs avgrensning av hva som utgjør én handling ved en handlingsrekke, vil argumenter som taler for en enhetlig tolkning, svekkes. Dette gjelder særlig dersom norske domstoler legger til grunn EMDs avgrensning av hva som er én eller flere handlinger i relasjon til strpl. § 51 og i andre straffeprosessuelle sammenhenger. Da bør det gjelde en ulik norm på strafferetten og straffeprosessen, slik at hensynet til effektiv strafferettspleie oppnås i tilstrekkelig grad i samsvar med forutsetningene på strafferettens område.

¹⁶³ Frøberg (2008) TfR s. 466-506. Rui (2009) s. 417-418. Avhandlingens punkt 4.1.

5.8 Vern utover minstestandarden?

I lys av nyere høyesterettsavgjørelser synes det klart at Zolotukhin-dommens utgangspunkt legges til grunn både ved to straffeprosessuelle forfølgninger, jf. Rt. 2010 s. 454 og forfølgninger som består av en straffeprosessuell og en forvaltningsrettslig forfølgning, jf. Rt. 2010 s. 1121 og Rt. 2010 s. 72.

EMK er en minstevernskonvensjon, da den har til hensikt å heve enkeltindividers rettsbeskyttelse opp til et visst minimumsnivå.¹⁶⁴ Minstevernskonvensjoner er ikke til hinder for at medlemsstatene går lenger i å «*tilgodese de interesser som konvensjonen har til formål å fremme.*»¹⁶⁵ Høyesteretts tolkning av straffebegrepenes sammenfall i tilleggsprotokollen og EMK art. 6 illustrerer dette.¹⁶⁶ Det kan derfor reises spørsmål om den snevre avgrensningen av den negative materielle rettskraft som ble anlagt i Zolotukhin-dommen bør utvides, særlig der en står overfor to ordinære straffeprosessuelle forfølgninger. I slike tilfeller vil belastningshensynet og innrettelseshensynet antakelig slå sterkere ut. Straffesaker vil ofte være svært tyngende og innebære større konsekvenser, i motsetning til de tilfeller hvor en av forfølgningene er en forvaltningssanksjon. Skoghøy gir en illustrerende beskrivelse:

*«Dersom avgjørelsen ikke er truffet som ledd i en straffeprosessuell forfølgning, men av et forvaltningsorgan som **ikke inngår i strafferettspleien** i vedkommende land, har ikke de organer som staten har etablert for å **vurdere samfunnets straffebehov, vært involvert i saken**. Selv om den administrative sanksjonen skulle være å bedømme som straff i forhold til EMK artikkel 6, har siktede i slike tilfeller ikke den samme grunn til å **innrette seg i tillit til at han ikke skal bli utsatt for ytterligere straffeforfølgning** (mine uthevelser).»¹⁶⁷*

¹⁶⁴ Rui (2009) s. 43. Arnesen (2012) s. 20.

¹⁶⁵ Arnesen (2012) s. 20.

¹⁶⁶ Avhandlingens punkt 3.3.4.

¹⁶⁷ Skoghøy (2003) TfR s. 8. Se også mindretallets votum i Rt. 2002 s. 557 med Skoghøy som talsmann.

Uttalelsen gjelder direkte hvorvidt forvaltningssanksjoner skal anses som avgjørelser truffet som ledd i en straffeprosessuell forfølgning, jf. TP7-4 «criminal proceedings». Sitatet har imidlertid overføringsverdi i denne sammenheng fordi disse forskjellene i det norske tosporede sanksjonssystemet tilsier at det ikke bør være en enhetlig grensedragning mellom disse typetilfellene:

1. Forvaltningsmessig forfølgning v. straffeprosessuell forfølgning
2. Straffeprosessuell forfølgning v. straffeprosessuell forfølgning

Det kan argumenteres med at tiltalte vil ha færre beskyttelsesverdige forventninger om ytterligere straffesanksjon ved typetilfelle 1. En forvaltningssanksjon er mindre stigmatiserende og mindre belastende enn en straffeprosessuell forfølgning.

Derimot er det nærliggende å anta at en tiltalt vil innrette seg i tillit til at en ordinær straffeprosessuell forfølgning, ikke etterfølges av en ny straffeprosessuell forfølgning. Belastningshensynet gjør seg gjeldende med stor tyngde. En straffeprosessuell forfølgning som etterfølges av en lignende straffeprosessuell forfølgning kan unngås dersom momentene ved avgrensningen ikke trekkes snevert. En løsning kan være å beholde EMDs snevre avgrensning der to forfølgninger iverksettes av ulike sanksjonsmyndigheter (typetilfelle 1). Dersom det er tale om to ordinære straffeprosessuelle forfølgninger (typetilfelle 2) kan det imidlertid være større grunn til å åpne for en videre avgrensning ut fra de hensynene § 51 skal ivareta. Konsekvens- og systembetraktninger taler imidlertid for en enhetlig avgrensning av den negative materielle rettskraften. Det ville vært en fordel om Norge hadde egne forvaltningsdomstoler som fikk ansvaret for å systematisere forfølgningene og pådømme forholdet hvor en av sanksjonsmyndighetene er forvaltningen.

Holmboe og Jahre har argumentert for at samme «forhold» ikke bør tolkes videre i rettskraftsammenheng enn det EMD gjør i Zolotukhin-dommen.¹⁶⁸ De påpeker at «*Når EMD-praksis tvinger oss til en tolkning som ikke har noe feste i intern norsk rett, bør tolkningen ikke gå lenger enn det denne praksisen fra EMD tilsier.*».¹⁶⁹ Det er nærliggende å tolke utsagnet dit hen at et videre vern bør være utelukket uavhengig av hva slags forfølgningssituasjon en står overfor.

For det første har ideen om en avgrensning av den negative materielle rettskraft basert på forholdets faktiske identitet hatt et visst rotfeste i norsk rett. Noen teoretikere og eldre avgjørelser la avgjørende vekt på om forfølgningen angikk samme faktiske handling.¹⁷⁰

For det andre har Norge ved de folkevalgte selv tiltrådt menneskerettskonvensjonen. Det er uheldig at formuleringen «tvinger» benyttes. En dynamisk tolkning representerer imidlertid noen ulemper og under den synsvinkelen synes forfatterens argumentasjon å være velbegrunnet, dersom de refererer til dette. I noen tilfeller kan en dynamisk tolkning innebære en innsnevring av det politiske handlingsrommet. I rettskraftsammenheng er det imidlertid ikke noen bestemt oppfatning fra lovgiverhold når det gjelder avgrensningen av rettskraften i § 51. Ordlyden og forarbeidene¹⁷¹ til § 51 er tause med hensyn til avgrensningen av den negative materielle rettskraften. Demokratihensynet slår dermed ikke til.

En dynamisk tolkning kan likevel få videre konsekvenser enn det som opprinnelig var tiltenkt. I norsk rett ser man for eksempel at tolkningen i Zolotukhin-dommen reiser

¹⁶⁸ Holmboe (2011) LoR s. 211.

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ Hagerup (1905) s. 21-22. Scheel (1935) TfR s. 34-42. Eckhoff (1945) s. 314 note 58. Rui (2009) s. 455 med videre henvisning til eldre juridisk litteratur.

¹⁷¹ Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffelovkomiteén, 1969 s. 166.

spørsmål om det kan opereres med en enhetlig identitetsnorm i straffeprosessen¹⁷² og strafferetten.¹⁷³ Et annet eksempel er konsekvensene av at EMD i 2002 kom til at visse forvaltningsreaksjoner på nærmere vilkår skulle anses som «straff».¹⁷⁴ Flere av medlemsstatene risikerte at deres tosporede sanksjonssystemer ble underkjent. En vid dynamisk tolkning kan derfor innebære vidtgående konsekvenser utover regelen som tolkes. En videre avgrensning og et utvidet vern bør imidlertid ikke være utelukket dersom belastningshensynet, innrettelseshensynet og forutberegnelighetshensynet taler sterkt for en videre avgrensning ved to ordinære straffeprosessuelle forfølgninger (typetilfelle 2).

¹⁷² Se avhandlingens punkt 6.

¹⁷³ Se avhandlingens punkt 5.7.

¹⁷⁴ Göktan mot Frankrike 02.07.02.

6 Hvordan bør samme faktiske handling avgrenses der grensedragningen har betydning?

6.1 Noen innledende bemerkninger

Spørsmålet om hva som skal anses som samme forhold oppstår i ulike relasjoner. Under dette avsnittet skal det vurderes hvordan samme faktiske handling bør avgrenses i noen straffeprosessuelle sammenhenger. Høyesterett synes ikke å ha inntatt et klart standpunkt til dette spørsmålet. Etter mitt syn er det et manglende fokus hos Høyesterett når det kommer til å fremheve de ulike hensynene bak reglene ved spørsmålet om hva som er samme faktiske handling. Det er imidlertid ikke til å komme forbi at slike spørsmål er vanskelig å besvare, selv for landets øverste domstol. For det første står domstolen på «bar bakke» siden lovens ordlyd og forarbeider er tause med hensyn til grensedragningen der spørsmålet har betydning i straffeprosessen. For det andre vil domstolen med et konkret saksforhold til behandling, ikke være like godt rustet til å komme med generelle uttalelser om reglenes forhold til hverandre og hvordan de ulike hensynene best kan realiseres. Dette krever en kategorisk gjennomgang, noe lovgiver antakelig er bedre rustet til å gjennomføre.

Av plassmessige hensyn kan ikke alle bestemmelser som knytter rettsvirkninger til skillet drøftes.

6.2 Hvordan bør samme faktiske handling avgrenses i rettskraftssammenheng?

Innledningsvis ble gjort rede for rettskraftens begrunnelse.¹⁷⁵ Et viktig hensyn bak rettskraftbestemmelsen er at «*enhver sak må ha en ende*».¹⁷⁶ Videre begrunner belastningshensynet, forutberegnelighetshensynet, innrettelseshensynet og hensynet til prosessøkonomi rettskraftregelen.

¹⁷⁵ Avhandlingens punkt 2.2.

¹⁷⁶ Andenæs (2010) s. 450 med videre henvisning til Hurwitz (1959) s. 545.

Disse hensynene tilsier at samme faktiske handling bør avgrenses vidt i rettskraftsammenheng. En vid avgrensning medfører at påtalemyndigheten vil ha færre muligheter til å reise ny tiltale mot en som tidligere er domfelt eller frifunnet. Det vil innebære at tiltalte gis et optimalt vern mot å bli trukket inn for domstolen på ny. Det vil også oppmuntre påtalemyndigheten til å anstrenge seg for å få med alle forhold i første sak. For at hensynene bak rettskraftbestemmelsen skal realiseres ideelt, bør særlig momentene faktiske omstendigheter og bevistema praktiseres mildt. Små avvik med hensyn til disse momentene, vil kunne føles som en ny forfølgning for samme handling fordi de i motsetning til tid og sted ikke i tydeligere grad skaper et skille mellom handlingene. Disse argumentene gjør seg ikke gjeldende for domstolen i relasjon til § 38 fordi de som et juridisk organ har høyere kompetanse til å se nyansene, i motsetning til den «alminnelige» borgeren.

I enkelte tilfeller bør også tidsmomentet brukes på en annen måte. EMDs avgjørelser i Kantner-saken,¹⁷⁷ Asci-saken¹⁷⁸ og Zolotukhin-saken¹⁷⁹ gjør en så snever avgrensning i relasjon til tidsmomentet ved et hendelsesforløp, at hensynene etter mitt syn ikke ivaretas.

I norsk sammenheng illustrerer Rt. 2012 s. 243 at en avgrensning i relasjon til strpl. § 38 og § 364 ikke bør legges til grunn i rettskraftsammenheng. Høyesterett kom til at det var feil av lagmannsretten å anse tiltalen for grov økonomisk utroskap som et sammenhengende forhold med tiltalen om grov passiv korrupsjon,¹⁸⁰ jf. strpl. § 38 og § 364. Det ble uttalt at de faktiske forholdene skilte seg «*både med hensyn til tid, sted og hendelsesforløp for øvrig*».¹⁸¹ I tiltalens post I a het det imidlertid at tiltalte blant annet i sin stilling foretok

¹⁷⁷ Kantner mot Østerrike 14.12.99.

¹⁷⁸ Asci mot Østerrike 19.10.06.

¹⁷⁹ Zolotukhin mot Russland 07.06.07.

¹⁸⁰ Jf. Straffeloven § 276 jf. 275 og §§ 276 a, 276 b.

¹⁸¹ Avsnitt 23.

«attestering og kontroll av fakturaer».¹⁸² I tiltalens post III f het det at han «godkjente/attesterte minst 64 fiktive fakturaer».¹⁸³ Det er likhetstrekk i grunnlagene som også bekreftes av Høyesterett selv, «*Det er rett nok sammenheng med hensyn til persongalleri og økonomiske virkninger for Undervisningsbygg, og også bevismessig...*».¹⁸⁴ Belastningshensynet og prosessøkonomiske hensyn taler med styrke for at en ny prosess om grov økonomisk utroskap ikke tillates i rettskraftsammenheng. Dersom tiltalte trekkes inn for domstolen på ny, vil det være vanskelig å forklare at andre aspekter, men like sider ved handlingen, vil være fokuset i en ny sak. På tross av at avgrensningen i avgjørelsen ikke fremstår som urimelig snever ut fra et rettskraftsperspektiv, taler hensynene bak § 51 for at vedkommende ikke trekkes inn for domstolen på nytt etter en rettskraftig avgjørelse for en av handlingene.

Avgrensningen av samme faktiske handling bør imidlertid ikke gjøres for vid. I tysk rett¹⁸⁵ stilles det kun krav om faktisk identitet. Spørsmålet er om det er «*naturlig å anse et hendelsesforløp som en faktisk handling*».¹⁸⁶ Rent umiddelbart fremstår en slik avgrensningsmodell som en fordel. En slik avgrensning gir domstolen rom for en selvstendig vurdering uten å være for bundet av bestemte momenter. Tysk domstolspraksis viser imidlertid at en slik modell ikke vil være hensiktsmessig i norsk sammenheng. Den føderale Høyesterett har lagt til grunn at en person som under en og samme biltur overtrer fartsgrensen og blir rettskraftig dømt for dette, ikke kan forfølges for seksuallovbrudd som er begått under samme kjøretur.¹⁸⁷ Denne avgrensningsnormen er etter mitt syn alt for vid. Til tross for at siktede spares for flere prosesser, er det lite som tilsier at han har

¹⁸² Avsnitt 19.

¹⁸³ Avsnitt 20.

¹⁸⁴ Avsnitt 23.

¹⁸⁵ Den tyske konstitusjonen av 1949 inneholder et forbud mot gjentatt straffeforfølgning i den tyske «Grundgesetz» (GG) art. 103. Regelen er også regulert på lavere nivå enn Grunnloven, se Rui (2009) s. 89.

¹⁸⁶ Rui (2009) s. 95 med videre henvisning til tysk juridisk litteratur.

¹⁸⁷ Rui (2009) s. 95.

beskyttelsesverdige forventninger om å ikke bli straffet for begge hendelsene. En effektiv strafferettspleie og handlingens straffverdighet, taler for at momentene i grensedragningen ikke praktiseres for løst.

En annen avgrensningsmodell som bygger på forholdets faktiske identitet finner vi i Schengen-avtalens art. 54 om straffedommers negative materielle rettskraft blant medlemsstatene.¹⁸⁸ I forbindelse med inngåelse av avtalen ble straffeloven av 1902 endret,¹⁸⁹ og det er nå inntatt en direkte henvisning til Schengen-avtalens regelverk i strl. § 12a første ledd nr. 3.

EU-domstolens (tidligere EF-domstolen) rådgivende¹⁹⁰ uttalelser om tolkning av samme faktiske handling og Generaladvokatens retningslinjer uttrykker at avgrensningen av samme faktiske handling beror på en «*helhed af konkrete omstændigheder, der er indbyrdes uløseligt forbundne*». ¹⁹¹ Sammenheng i tid, sted og gjerningsmannens psykiske innstilling vil være av betydning i en helhetsvurdering.¹⁹² Denne avgrensningsmodellen fremstår som hensiktsmessig og avgrensningsmomentene ligger nært opp til den norske modellen.

I saken *Giuseppe Francesco Gasparini m.fl.*¹⁹³ var spørsmålet om markedsføring i en medlemsstat etter innførsel av olivenolje til en annen medlemsstat, var samme faktiske handling eller om markedsføringen var et selvstendig forhold i relasjon til innførselen. Det

¹⁸⁸ Avtale 18. mai 1999 Norges tilknytningsavtale. Schengenavtalen 14.juni 1985.

¹⁸⁹ Ot.prp.nr.56 (1998-99) s. 7-8 og s. 88-90.

¹⁹⁰ Domstolen har ikke kompetanse til å foreta noen subsumsjon jf. Konsolideret udgave af traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde 26.10.12 art. 267 (tidligere art. 234).

¹⁹¹ Sag C-150/05 Van Straaten 28.09.06. Forslag til adgørelse fra generaladvokat i sag C-150/05 08.06.06 avsnitt 78. Se også Sag C-436/04 Van Esbroeck 09.03.06 avsnitt 44.

¹⁹² Forslag til adgørelse fra generaladvokat i sag C-150/05 08.06.06 avsnitt 78-82.

¹⁹³ Sag C-467/04 28.09.06.

ble uttalt at markedsføring etter innførsel «*udgør en atferd, som kan være et led i «de samme straffbare handlinger» i gjennomførelseskonventionens artikel 54's forstand.*»¹⁹⁴

Den veiledende uttalelsen trekker vide grenser for hva som er samme faktiske handling. Schengen-samarbeidet og art. 54 har blant annet som formål å «*undgå, at en person, der udøver sin ret til fri bevægelighed*» jf. van Straaten-saken avsnitt 45.¹⁹⁵ En nærliggende grunn til at EU-domstolen aksepterer at momentene praktiseres vidt, er at målsetningen om fri bevegelse over felles grense ikke vil oppnås dersom en borger risikerer ny straffeforfølgning for samme faktiske handling i et annet Schengenland.

For norske domstoler er dette formålet ikke styrende ved tolkningen av § 51, men tiltaltes rettsikkerhetsbehov og prosessuelle hensyn. Å legge seg på lignende linje som EU-domstolen vil derfor være ugunstig ut fra forskjeller i formålene. I likhet med tysk retts avgrensingsmodell tilsier også hensynet til effektiv straffeforfølgning at EU-domstolens modell ikke adopteres i norsk straffeprosess.¹⁹⁶ I forbindelse med strl. § 12a synes det forutsatt ut fra forarbeidene at EU-domstolens tolkning er av betydelig vekt ved tolkningen av strl. § 12a.¹⁹⁷

Bruken av bevistema kan også praktiseres på en annen måte enn i dag. Rt. 2010 s. 72 illustrerer at Høyesterett foretar en snever avgrensning som ligger nært opp til EMDs avgjørelse i Manasson mot Sverige.¹⁹⁸ En annen tilnærmingstype er å vurdere forholdets faktiske identitet på bakgrunn av likheter i bevistema på samme måte som i EMDs avgjørelse i Oliveira mot Sveits.¹⁹⁹ Her kom både kommisjonen²⁰⁰ og EMD til at begge

¹⁹⁴ Avsnitt 57.

¹⁹⁵ Sag C-150/05 van Straaten 28.09.06.

¹⁹⁶ Likedan, Rui (2009) s. 486.

¹⁹⁷ St.prp.nr.50 (1998-1999) punkt 1.3 og 2.6.5

¹⁹⁸ Manasson mot Sverige 08.04.03.

¹⁹⁹ Oliveira mot Sveits 30.07.98.

forfølgningene gjaldt «*the same conduct*» ut fra bevistemaene i de ulike forfølgningene.²⁰¹ Domstolen ser ut til å sammenligne bevistema ved en selvstendig vurdering,²⁰² og ikke ut fra sammenfallskravet i den tidligere EMD-avgjørelsen i Gradinger mot Østerrike²⁰³ eller «identisk eller vesentlig identisk» vurderingen i Zolotukhin-dommen.²⁰⁴ En slik tilnærming vil åpne for at avgrensningen kan skje ut fra det konkrete saksforholdet eller de særlige hensynene som gjør seg gjeldende. Det vil forhindre at domstolen må «tøye» de andre momentene der særlige hensyn tilsier det.

6.3 Hvordan bør samme faktiske handling avgrenses i andre relasjoner enn i rettskraftssammenheng?

6.3.1 Straffeprosessloven § 38

Straffeprosessloven § 38 om hva domstolen kan pådømme er blant annet begrunnet i anklagerprinsippet. Det er påtalemyndigheten som skal avgjøre hvilke saker innbringes til retten, mens det er domstolene som skal avgjøre sakene, jf. strpl. § 63. En slik arbeidsfordeling bidrar til at domstolen forholder seg nøytrale og objektive.²⁰⁵ Som følge av disse hensynene har Høyesterett kommet til at rettslig identitet fremdeles må være et avgrensningskriterium i § 38 og § 364, fordi det gir en snevrere avgrensning av forholdets identitet. Spørsmålet under dette avsnittet er om også forholdets faktiske identitet i § 38 bør avgrenses ulikt med § 51 som følge av de vesensforskjellige hensynene.

²⁰⁰ Kommisjonsavgjørelsen 01.07.97.

²⁰¹ Resultatet ble imidlertid at det ikke forelå konvensjonskrenkelse på bakgrunn av ulik rettslig karakteristikk.

²⁰² Likedan, Rui (2009) s. 360.

²⁰³ Gradinger mot Østerrike 23.10.95.

²⁰⁴ Zolotukhin-dommen avsnitt 97.

²⁰⁵ Rui (2009) s. 484.

Anklageprinsippet tilsier at avgrensningen av samme faktiske handling må trekkes snevert etter § 38. Momentene som i dag gjelder ved avgrensningen, herunder sammenheng i tid, sted, faktiske omstendigheter og likheter i bevisetemaet, bør fortsatt være styrende for den kompetansen domstolen besitter etter § 38. Derimot bør momentene praktiseres strengt ved vurderingen av hva som utgjør samme faktiske handling. En snever avgrensning vil innebære at det blir vanskeligere for domstolen å subsumere til andre handlinger enn de som fremgår av tiltalebeslutningen. Det er ikke domstolens ansvar å pådømme handlinger som ligger flere måneder eller år tilbake i tid. Det kan være en grunn til at påtalemyndigheten har unnlatt å reise tiltale for noen handlinger, jf. opportunitetsprinsippet. Prinsippet innebærer at det er påtalemyndigheten som bestemmer om tiltale skal reises eller ikke fordi «overveiende grunner» tilsier det, jf. strpl. § 69 (1). På den andre siden kan tenkes at det er en forglemmelse fra påtalemyndighetens side, som domstolen bør kunne pådømme. Også her må det konkrete saksforholdet og hensynene spille en rolle ved praktiseringen av momentene.

En alternativ tilnærningsmåte til grensedragningen i § 38, er å beholde avgrensningen i relasjon til forholdets faktiske identitet, men stille et strengere krav til forholdets rettslige identitet. Her kan inspirasjon hentes fra amerikansk rett i relasjon til double jeopardy-regelen, herunder forbudet mot gjentatt straffeforfølgning.²⁰⁶ Rettstilstanden i dag ser ut til å bygge på avgjørelsen i *United States v. Dixon* (dissens 9-5).²⁰⁷ Flertallet innenfor flertallet vil legge til grunn «blockburger»-testen slik den opprinnelig gjaldt i avgjørelsen fra 1932 i *Blockburger v. United States*.²⁰⁸ I Blockburger-saken var spørsmålet om salg av narkotika i en ikke offentlig godkjent pakning kunne straffes i konkurrans med salg av narkotika uten resept.²⁰⁹ Det ble uttalt følgende:

²⁰⁶ Double jeopardy-regelen ble inntatt i den amerikanske konstitusjonen i 1789, se Rui (2009) s. 75.

²⁰⁷ 509 U.S. 688, 113 S.Ct. 2849, 125 L.ed.2d 556 (1993).

²⁰⁸ 284 U.S. 299, 52 S.Ct. 180, 76 L.Ed. 306 (1932) heretter Blockburger-saken.

²⁰⁹ Se dommens side 301 hvor juryens «verdict» gjengis.

*«The applicable rule is that, where the same act or transaction constitutes a violation of two distinct statutory provisions, the test to be applied to determine whether there are two offenses or only one, is **whether each provision requires proof of a fact which the other does not** (min uthevelser).»²¹⁰*

Hvis forfølgningene bygger på den samme faktiske handlingen, må det også ses hen til om straffebudene inneholder elementer som det andre straffebudet ikke inneholder. I relasjon til § 38 vil det innebære at enhver subsumsjonsendring som inneholder et tilleggselement, vil være utelukket og gir således en snever avgrensning ut fra rettslig karakteristik. Ut fra hensynene bak strpl. § 51 bør det imidlertid være klart at avgrensningen i de amerikanske avgjørelsene ikke legges til grunn i norsk rett. Den amerikanske avgrensningen ser ut til å være utformet med sikte på å avgjøre om straffebestemmelser skal anvendes i konkurrans.²¹¹ I likhet med norsk rett, er det praktiske og andre særlige hensyn som oppstår i strafferetten som tilsier at identitetsnormen ikke bør være sammenfallende med prosessretten. Den sterke dissensen i *United States v. Dixon* vitner også om at avgrensningen ikke fremstår som hensiktsmessig i rettskraftsammenheng.

Et interessant spørsmål er hvorfor ulike rettssystemer, som inneholder det samme forbudet, har ulik avgrensning. En nærliggende årsak til disse forskjellene kan skyldes at vektingen av hensynene faller forskjellig ut blant de ulike systemene.

6.3.2 Straffeprosessloven § 254

Straffeprosessloven § 254 (3) omhandler påtalemyndighetens adgang til å endre tiltalebeslutningen under hovedforhandlingen. Forutsetningen er at endringen ikke medfører at forholdet blir et annet, jf. motsetningsvis § 254 (2). Et viktig hensyn bak bestemmelsen er kontradiksjonsprinsippet. Tiltalte må gis anledning til å gjøre rede for sitt

²¹⁰ Dommens side 304.

²¹¹ Se mindretallsvotumet i *United States v. Dixon* fra side 720. Se Rui (2009) s. 482.

syn. Hvis domstolen kunne endret til andre straffbare forhold ville tiltalte risikere å bli overrumplet og dermed mistet muligheten til å forberede et tilstrekkelig forsvar, jf. EMK art. 6 «fair trial»-kravet.

Kontradiksjonsprinsippet taler ikke mot å legge til grunn de samme momentene som ved grensedragningen i § 51. Det kan imidlertid være gode grunner til å praktisere momentene strengt. Det er kun da tiltalte vil kunne forutse og forberede saken på tilstrekkelig vis ut fra tiltalebeslutningens innhold. Dersom domstolen utsetter saken av hensyn til tiltaltes forsvar ved slike endringer, er det derimot få argumenter som taler mot en sammenfallende grensedragning i §§ 254 og 51.

Et omstridt spørsmål i dag er om den samme begrensningen som gjelder i § 38, herunder rettslig identitet, bør opprettholdes i § 254. Spørsmålet er ikke løst rettspraksis og teorien er uenig i hvorvidt avgrensningen i § 254 bør være sammenfallende med § 51.

Rui er av den oppfatning at § 254 bør avgrenses identisk med straffedommens negative rettskraft.²¹² Dette innebærer at rettslig identitet ikke bør få avgjørende betydning ved grensedragningen i § 254. Det innebærer også at avgrensningen av hva som er samme faktiske handling bør være sammenfallende. Begrunnelsen er at med en snevrere avgrensning i § 254 enn § 51, risikerer påtalemyndigheten at bestemmelser de «... *ikke har hatt mulighet til å bringe inn i saken under hovedforhandling, omfattes av rettskraften.*»²¹³

Holmboe og Jahre hevder at det ikke er behov for parallellitet mellom § 51 og § 254 fordi påtalemyndigheten ved å ta ut subsidiær tiltale ofte kan sikre seg mot subsumsjonsendringer.²¹⁴ De påpeker at «... *tiltaltes behov for vern mot utvidelser eller*

²¹² Rui (2009) LoR s. 297.

²¹³ Ibid.

²¹⁴ Holmboe (2011) LoR s. 210.

*endring av tiltalen [vil] være det samme uavhengig av hvordan rettskraftreglene praktiseres.»*²¹⁵

Det er vanskelig å være uenig i noen av synspunktene. Rettstekniske hensyn og likhetshensyn trekker imidlertid i retning av at det bør være parallellitet mellom § 51 og § 254. Derimot tolkes § 38 i lys av anklageprinsippet, noe som var avgjørende for Høyesterett da de kom til at rettslig identitet fremdeles måtte være et avgrensningskriterium i § 38, jf. Rt. 2011 s. 172. I § 254 er det selve anklagemyndigheten som foretar endringen. Dette taler for at forholdets identitet ikke avgrenses likt i §§ 254 og § 38. Det innebærer nødvendigvis ikke at det bør være en enhetlig grensedragning mellom §§ 254 og 51. En vid avgrensning av hva som er samme faktiske handling i § 51, vil komme påtalemyndigheten til gode dersom det legges til grunn en sammenfallende identitetsnorm. Dette vil kunne være til skade for tiltalte dersom det ikke gis en passende utsettelse i saken. Det bør være en lovgiveroppgave å innsnevre tiltaltes vern mot endring av tiltalebeslutningen fra påtalemyndighetens side.²¹⁶

²¹⁵ Holmboe (2011) LoR s. 210.

²¹⁶ Ibid.

6.4 Bør grensen være lik gjennom hele prosessen?

Det er flere hensyn som tilsier at grensedragningen i strpl. §§ 38, 51 og 254 bør være enhetlig. Disse hensynene synes å ha fått avgjørende betydning tidligere, da grensedragningen som hovedregel har vært trukket likt.

For det første vil retts tekniske hensyn tale for en så lik og enhetlig tolkning som mulig. *For det andre* reiser begge bestemmelser samme identitetsspørsmål. Ut fra synspunktet om at «like tilfeller skal behandles likt»,²¹⁷ bør tolkningen av hva som utgjør samme faktiske handling være lik. *For det tredje* taler hensynet til konsekvens, harmoni og systembetraktninger i lovverket for at grensen trekkes likt. Ved å operere med ulik avgrensning kan lovens system bidra til å låse domstolen og påtalemyndigheten i prosessen. Dette er en sannsynlig mulighet i dag fordi rettslig identitet fremdeles gjelder som et avgrensningskriterium i § 38. Hvis det viser seg at tiltale bør dømmes etter et annet straffebud for samme faktiske handling, vil domstolen ikke kunne foreta subsumsjonsendringen dersom forholdets rettslige identitet endres. Tidligere kunne det reises ny sak om straffebudet domstolen ville omsubsumere til som følge av den enhetlige grensedragningen i §§ 51 og 38. Det vil det ikke være anledning til nå fordi rettslig identitet ikke er en avgrensningskomponent i § 51. Det samme problemet vil oppstå dersom samme faktiske handling avgrenses snevrere i § 38 enn i rettskraftsammenheng.

Det prosessuelle hindret kan imidlertid unngås dersom påtalemyndigheten gjør et grundig arbeid med å omfatte alle forhold og straffebudene som rammes av handlingene. Dette vil imidlertid være tidskrevende og kan i enkelte tilfeller føre til et omfattende arbeid hos påtalemyndigheten. Det vil kunne slå uheldig ut for tiltalte hvor det er tale om på pålegge en fengselsstraff. Vedkommende må vente med å få dommen og på den måten settes livet hans på «vent».

²¹⁷ Frøberg (2008) TfR s. 472.

6.5 Oppsummering

Drøftelsene illustrerer at man som et utgangspunkt bør legge til grunn de samme momentene der spørsmålet om hva som er samme faktiske handling oppstår i prosessuelle sammenhenger. Dette er også i samsvar med hensynene som taler for en enhetlig grensedragning. Gjennomgangen illustrerer imidlertid at ulike bestemmelser har forskjellige formål og hensyn. Hvis hensynene bak bestemmelsen som reiser identitetsspørsmålet med tyngde taler for en avvikende avgrensning, bør momentene brukes ulikt. Dette kan skje ved at momentene praktiseres strengere eller mildere.

7 En skjult harmonisering?

EMD skal i utgangspunktet ikke harmonisere rettssystemer og rettsregler blant medlemsstatene.²¹⁸ Tolkningen i Zolotukhin-dommen binder imidlertid opp medlemsstatene i stor grad, da det ikke er gitt et spillerom for alternative tolkninger eller løsninger basert på de ulike forholdene i de enkelte land. Zolotukhin-dommen kan vanskelig tolkes på en annen måte enn at den negative materielle rettskraften skal avgrenses ut fra hva som er samme faktiske handling blant medlemsstatene.

Dette innebærer at det i noen grad gjøres en harmonisering av rettssystemene og rettsreglene som ikke faller inn under EMDs oppgave om å påse at statene praktiserer et minstevern for enkeltindivider. EMD opptrer som en fjerdeinstansdomstol over Europarådets 47 medlemsland fordi det gjøres en veldig konkret og detaljert vurdering av samme forhold, i stedet for å kun konstatere konvensjonsbrudd i saken. Uttalelsene i dommen gir klare føringer for hvordan medlemsstatenes lovgivning og praktiseringen av denne skal foretas og innebærer til et visst punkt en vurdering av statenes rettsregler in abstracto.²¹⁹ En alternativ løsning ville vært å uttale seg i mer generelle vendinger. Domstolen kunne også fremhevet at unntak eller andre ordninger kan tenkes på bakgrunn av det enkelte medlemslandets særtrekk.

Fordelen med EMDs tolkning er riktignok at den forhindrer at enkeltindivider behandles forskjellig alt ettersom hvilket rettssystem de tilhører som følge av den konkrete avgrensningen. En autonom tolkning gjelder ved tolkningen av straffebegrepet i EMK art. 6.²²⁰ Prinsippet om autonom tolkning innebærer at det ikke er avgjørende hvordan norske myndigheter definerer «straff».²²¹ EMDs tolkning i Zolotukhin-saken ligger nært opp til en autonom tolkning fordi uttalelsene i dommen vanskelig kan leses på en annen måte enn at

²¹⁸ Rui (2009) s. 399.

²¹⁹ Rui (2009) s. 402.

²²⁰ Janosevic mot Sverige avsnitt 65. Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic mot Sverige avsnitt 76.

²²¹ NOU 2003:15 punkt 5.7.5.

rettskraften skal avgrenses ut fra hva som er samme faktiske handling i hele Europarådsområdet. Fordelen overskygger imidlertid ikke at statene er gitt en liten skjønnsmargin ved praktiseringen av den negative materielle rettskraften.

8 Litteraturliste

8.1 Lovgivning

1902	Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr 10
1965	Lov om vegtrafikk (vegtrafikkloven) av 18. juni 1965 nr 4
1967	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967 nr. 00
1980	Lov om ligningsforvaltning (ligningsloven) av 13. juni 1980 nr. 24
1981	Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 5.
1988	Lov om årsregnskap m.v. (regnskapsloven) av 17. juli 1988 nr. 56
1999	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30.
2005	Lov om straff (straffeloven) av 20. mai 2005 nr. 28
2009	Lov 19. juni 2009 nr. 74 om endringer i strl. 2005 nr. 106

8.2 Traktater og avtaler

EMK	Den Europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 4. november 1950. (Lovdata.no)
SP	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 16. desember 1966. (Lovdata.no)
Wienkonvensjonen	Wienkonvensjonen om traktatretten, Wien 23. mai 1969. (hentet fra Global and European treaties, folkerettslig tekstssamling)
TP 7	Protokoll nr. 7 til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Strasbourg, 22. november 1984. Lovdata.no
CISA	Konvention om gennemførelse af Schengen-aftalen af 14. juni 1985 mellem regeringerne for statene i Den Økonomiske Union Benelux, Forbundsrepublikken Tyskland og Den Franske Republik om gradvis ophævelse af kontrollen ved de fælles grænser.

Protokol om integration af Schengen-reglerne i Den Europæiske Union, EF-Tidende nr. C 340 af 10/11/1997 Hentet fra [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42000A0922\(02\):en:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42000A0922(02):en:HTML)

- Schengenavtalen Avtale 18 mai 1999 mellom Rådet for Den europeiske union og Republikken Island og Kongeriket Norge om de sistnevnte statenes tilknytning til gjennomføringen, anvendelsen og videreutviklingen av Schengen-regelverket. (hentet fra Global and European treaties, folkerettslig tekstssamling)
- EU Konsolideret udgave af traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, Den Europæiske Unions Tidende 2012/C 326/01 af 26. oktober 2012. Hentet fra <http://eur-lex.europa.eu/>
(Tidligere Konsolideret udgave af Traktaten om den Europæiske Union, EF-tidende nr. C 325 af 24 december 2002.)

8.3 Forarbeider

- SKM I 1896 *Straffelovkommisjonenens innstilling*
SKM I 1896 –Udkast til almindelig borgerlig Straffelov med Motiver. Utarbeidet av Straffelovkommisjonen fra 1885 (Kristiania 1896). Forarbeid til straffeloven 1902. (Hentet fra Juridisk fakultetsbibliotek Oslo)
- NUT 1969:3. *Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra* (lovdata)
Straffeprosesslovkomiteen (lovdata)
- NOU 1996:21. *Mer effektiv inndragning av vinning* (lovdata)
- NOU 2003:15 *Fra bot til bedring* (lovdata)
- Ot.prp. 35 (1978-79) *Rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven)*(lovdata)
- Ot.prp.nr.8 (1998-1999). *Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv (inndragning av utbytte)*(lovdata)

- St.prp.nr.50 (1998-1999) *Om samtykke til inngåelse av en avtale mellom Rådet for Den europeiske union og Republikken Island og Kongeriket Norge om de sistnevnte statenes tilknytning til gjennomføringen, anvendelsen og videreutviklingen av Schengen-regelverket* (hentet fra regjeringen.no)
- Ot.prp.nr.56 (1998-1999) *Om lov om Schengen informasjonssystem (SIS) og lov om endringer i utlendingsloven* (lovdata.no)
- Ot.prp.nr.90 (2003-2004) *Straff (straffeloven)* (lovdata)

8.4 Bøker

- Aall, Jørgen *Rettsstat og menneskerettigheter* 3. utg. Bergen, 2011
- Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett* 5.utg. v/Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, Oslo 2004
- Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess* 4.utg. 2 opplag v/Tor-Geir Myhrer Oslo 2010
- Arnesen, Finn og Stenvik, Are *Internasjonalisering og juridisk metode* Oslo, 2009
- Bratholm, Anders og Matningsdal, Magnus *Straffeloven kommentarutgave, Første del. Almindelige bestemmelser* Studentutgave Oslo, 1991
- Bjerke, Hans Kristian og Keiserud, Erik *Straffeprosessloven* *Kommentarutgave* 3.utg Bind II Oslo, 2001
- Bjerke, Hans Kristian og Keiserud, Erik og Sæther, Knut Erik *Straffeprosessloven* *Kommentarutgave* 4.utg Bind I Oslo, 2011
- Bjerke, Hans Kristian og Keiserud, Erik og Sæther, Knut Erik *Straffeprosessloven* *Kommentarutgave* 4.utg Bind II Oslo, 2011
- Eckhoff, Torstein *Rettskraft* Oslo, 1945
- Eskeland, Ståle *Strafferett* 2. utgave Oslo, 2006
- Hagerup, Francis *Den norske straffeproses, andet bind* Kristiania, 1905
- Hurwitz, Stephan *Den danske strafferetspleje* 3. forkortede og reviderede udgave København 1959
- Hov, Jo *Innføring i prosess* Bind II Oslo, 2010
- Hov, Jo *Rettergang II* Oslo 2010

Møse, Erik, *Menneskerettigheter* Oslo 2002
Robberstad, Anne *Rettskraft* Bergen, 2006
Ruud, Morten og Ulfstein, Geir *Innføring i folkerett* 3. utg Oslo, 2006
Rui, Jon Petter *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* Oslo, 2009
Røstad, Helge *Innkast i strafferettsfeltet. Utvalgte emner i strafferett* Oslo, 1993
Scheel, Herman *Om ideel konkurrens av straffbare handlinger efter gjældende norsk ret*
Tidsskrift for rettsvitenskap nr. 1/1935 s. 1-42 (Juridiske fakultetsbibliotek Oslo)
Skeie, Jon *Den norske straffeprosess, første bind* Oslo, 1939

8.5 Artikler

Frøberg, Thomas *Identitetsspørsmål i strafferetten og straffeprosessen I: Tidsskrift for*
Rettsvitenskap/ 2008/ Nr 04-05 [idunn.no]
Fausa, Jostein Sæbø *Det straffbare forholdets identitet I: Jussens Venner/ 2005/Nr 01*
[idunn.no]
Holmboe, Morten og Jahre, Hans-Petter *Dobbeltstraff er ikke enkelt - Gjentatt*
straffeforfølgning etter Den europeiske menneskerettskonvensjons protokoll
7 artikkel 4 en oppdatering I: Lov og Rett/ 2011/ Nr 04 [idunn.no]
Magnus Matningsdal *Forholdet mellom tiltalebeslutning og dom I: Jussens Venner/ 2002/*
Nr 02 [idunn.no]
Rui, Jon Petter *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning (ne bis in idem) i Den europeiske*
menneskerettighets-konvensjon protokoll 7 artikkel 4 - på ny I: Lov og
rett/2009 Nr. 5 [idunn.no]
Rui, Jon Petter *Fra menneskerettighetsdomstolen – Utvalgte avgjørelser fra første kvartal*
2009 I: Tidsskrift for strafferett 2009 s 229-251 – (TFST-2009-229)
www.lovdato.no
Skoghøy, Jens Edvin *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning [redaksjonen mener vel*
straffeforfølgning] i den europeiske menneskerettskonvensjon protokoll 7
artikkel 4 nr 1 ("ne bis in idem") I: Tidsskrift for Rettsvitenskap/ 2003/ Nr 01
[idunn.no]
Skoghøy, Jens Edvin *Dynamisk tolking i internasjonale domstoler som fenomen, problem*

og effektivitetsgaranti I: Lov og Rett/ 2011/ Nr 09 [idunn.no]
Øyen, Ørnulf Fortsatt forbrytelse I: Jussens Venner/ 2005/ Nr 04 [idunn.no]

8.6 Dommer

Rt. 1912 s. 215

Rt. 1912 s. 991

Rt. 1921 s. 90

Rt. 1931 s. 920

Rt. 1940 s. 25

Rt. 1952 s. 808

Rt. 1954 s. 653

Rt. 1967 s. 365

Rt. 1980 s. 360

Rt. 1983 s. 815

Rt. 1985 s. 588 (med rettelse på s. 911)

Rt. 1986 s. 260

Rt. 1992 s. 445

Rt. 1992 s. 562

Rt. 1994 s. 203

Rt. 1994 s. 1129

Rt. 1996 s. 1539

Rt. 1997 s. 462

Rt. 1997 s. 1771

Rt. 1998 s. 1414

Rt. 1998 s. 1416

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2002 s. 497

Rt. 2002 s. 557

Rt. 2002 s. 900

Rt. 2002 s. 917

Rt. 2003 s. 394

Rt. 2003 s. 1100

Rt. 2003 s. 1373

Rt. 2003 s. 1376

Rt. 2004 s. 1074

Rt. 2004 s. 1368

Rt. 2005 s. 934

Rt. 2006 s. 862

Rt. 2009 s. 1684

Rt. 2010 s. 72

Rt. 2010 s. 454

Rt. 2010 s. 1121

Rt. 2011 s. 172

Rt. 2011 s. 472

Rt. 2012 s. 243

Rt. 2012 s. 921

Rt. 2012 s. 1051

8.7 Internasjonale dommer

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD).

<u>Parter</u>	<u>Applikasjonsnummer</u>	<u>Dato</u>
Wemhoff v. Germany	2122/64	27.06.68
Golder v. the United Kingdom	4451/70	21.02.75
Engel and Others v. the Netherlands	5100/71 5101/71 5102/71 5354/72 5370/72	08.06.76
Gradinger v. Austria	15963/90	23.10.95
Oliveira v. Switzerland	25711/94	30.07.98
Kantner v. Austria	29990/96	14.12.99
R.T. v. Switzerland	31982/96	30.05.00
Franz Fischer v. Austria	37950/97	29.05.01
Göktan v. France	33402/96	02.07.02
Janosevic v. Sweden	34619/97	23.07.02
Västberga Taxi Aktiebolag AB and Vulic v. Sweden	36985/97	23.07.02
Manasson v. Sweden	41265/98	08.04.03
Nilsson v. Sweden	73661/01	13.12.05
Asci v. Austria	4483/02	19.10.06
Mjelde v. Norway	11143/04	01.02.07
Storbråten v. Norway	12277/04	01.02.07
Vilho Eskelinen and Others mot Finland	63235/00	19.04.07
Zolotukhin v. Russia	14939/03	07.06.07
Synnelius and Edsbergs Taxi AB v. Sweden	44298/02	17.06.08
Carlberg v. Sweden	9631/04	27.01.09
Zolotukhin v. Russia	14939/03	10.02.09
Ruotsalainen v. Finland	13079/03	16.06.09
Maresti v. Croatia	55759/07	25.06.09

Den europeiske menneskerettighetskommisjon

Parter	Applikasjonsnummer	Dato
Gradinger v. Austria	15963/90	19.05.94
Oliveira v. Switzerland	25711/94	12.07.97

Hentet fra menneskerettighetsdomstolens
hjemmesider HUDOC.

USA

Blockburger v. United States	248 U.S. 299, 52 S.Ct. 180, 76 L.Ed. 306 (1932)
United States v. Dixon	509 U.S. 688, 113 S.Ct. 2849, 125 L.Ed.2d 556 (1993)

Avgjørelsene er hentet fra Westlaw US

EU-domstolen

Sag C-436/04	Leopold Henri van Esbroeck	09.03.06
Sag C-467/04	Giuseppe Francesco Gasparini m.fl.	28.09.06
Sag C-150/05	Jean Leon Van Straaten mod Staat der Nederlanden og Staat der Nederlanden	28.09.06

Avgjørelsene er hentet fra <http://eur-lex.europa.eu/>

Generaladvokatens forslag til avgjørelse

Forslag til afgjørelse fra Generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer fremsat den 8. juni 2006 Sag 150/5 Jean Leon Van Straaten mod Staat der Nederlanden og Den Italienske Republik

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005CC0150:DA:HTML>

8.8 Rundskriv

Riksadvokaten (2009)

Riksadvokaten. Nye retningslinjer om dobbeltstraff – ordinær tilleggsskatt sperrer for straffesak – ny storkammeravgjørelse fra EMD. Brev fra 3.april 2009. RA-2009-187. (lovdata)